



Universidade de Brasília – UnB
Faculdade de Direito

ISADORA FRANÇA NEVES

**RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO POR MORTE DE
DETENTO: UMA ANÁLISE HISTÓRICA DA JURISPRUDÊNCIA
DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E O JULGAMENTO DO
RE-RG Nº 841.526**

Brasília
2016

UNIVERSIDADE DE BRASÍLIA
FACULDADE DE DIREITO

**RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO POR MORTE DE
DETENTO: UMA ANÁLISE HISTÓRICA DA JURISPRUDÊNCIA
DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E O JULGAMENTO DO
RE-RG Nº 841.526**

Autor: Isadora França Neves

Orientador: Prof. Dr. Márcio Nunes Iorio Aranha Oliveira

Monografia apresentada como
requisito à obtenção do grau de
bacharela em Direito da Faculdade
de Direito da Universidade de
Brasília.

Brasília, ____ de _____ de ____.

FOLHA DE APROVAÇÃO

ISADORA FRANÇA NEVES

**RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO POR MORTE DE DETENTO:
UMA ANÁLISE HISTÓRICA DA JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO
TRIBUNAL FEDERAL E O JULGAMENTO DO RE-RG Nº 841.526**

Monografia apresentada como requisito à obtenção do grau de bacharela em
Direito da Faculdade de Direito da Universidade de Brasília.

Aprovada em: ____ de _____ de ____.

BANCA EXAMINADORA

Prof. Dr. Márcio Nunes Iorio Aranha Oliveira
(Orientador – Presidente)

Prof. Dr. Bruno Rangel Avelino da Silva
(Membro)

Prof. Dr. Alexandre Pereira Pinheiro
(Membro)

Prof. Dr. João Alberto de Oliveira Lima
(Suplente)

Resumo

O presente estudo tem por objetivo avaliar como se deu a construção histórica e jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal acerca da temática da responsabilidade civil do Estado por morte de detento nos estabelecimentos prisionais, consolidada sob a ótica da Teoria do Risco Administrativo (positivada na Constituição de 1988) com o julgamento do RE-RG 841.526 (tema 592 da sistemática da repercussão geral).

Para tanto, pretende-se demarcar a transição das teorias civilistas para as teorias publicistas, mediante cotejo dos textos constitucionais vigentes em períodos históricos específicos, bem como examinar a mudança do paradigma da responsabilidade civil fundada na *culpa* para a responsabilidade civil fundada no *risco*.

Palavras-chaves: responsabilidade civil do Estado; morte de detento; Teoria do Risco Administrativo; repercussão geral; Supremo Tribunal Federal.

Abstract

The purpose of this study is to evaluate how the Federal Supreme Court of Brazil has dealt with the subject of civil liability of the State for the death of a prisoner inside prisons, from the perspective of Administrative Risk Theory (established in Constitution of 1988) with the RE-RG 841.526 case (topic 592 of the system of general repercussion).

In order to do so, this study delves into the transition from civilian theories to publicist theories by comparing constitutional texts in specific historical periods, as well as examining the change from the *guilt-based* civil liability paradigm to *risk-based* civil liability.

Keywords: civil liability of the State; death of a prisoner; Administrative Risk Theory; general repercussions; Federal Supreme Court of Brazil.

Sumário

Introdução.....	1
1.Histórico da responsabilidade civil do Estado.....	2
1.1. Responsabilidade Civil e o desenvolvimento da sociedade.....	3
1.2. Da total irresponsabilidade para a responsabilidade.....	4
1.3. Teorias Civilistas.....	7
1.4. Teorias Publicistas.....	10
1.5. Breve histórico constitucional brasileiro.....	13
2. Teorias do Risco.....	17
2.1. Fundamentos e elementos da Teoria do Risco.....	17
2.2. Excludentes da Responsabilidade Civil Objetiva do Estado.....	28
2.3. A Constituição Federal de 1988 e a Teoria do Risco Administrativo.....	30
3. Julgados do Supremo Tribunal Federal.....	36
3.1. A importância da jurisprudência na temática da Responsabilidade Civil do Estado.....	36
3.2. Julgados relevantes para o desenvolvimento das Teorias Publicistas.....	38
3.3. A jurisprudência da Corte Constitucional sobre Responsabilidade Civil do Estado por morte de detento nos estabelecimentos prisoniais.....	46
4. A tese da repercussão geral.....	60
4.1. Breve análise do recurso paradigma: RE-RG nº 841.526.....	61
4.2. Responsabilidade Civil do Estado por omissão: omissão geral, omissão específica e o dever geral de proteção (art. 5º, XLIX, da CF/88)....	68
4.3. Análise do texto final da tese da repercussão geral: a alternativa do fortuito interno.....	71
5. Conclusão.....	78

Introdução

Recentemente, o Plenário do Supremo Tribunal Federal - STF procedeu com o julgamento do RE-RG 841.526, correspondente ao tema 592 da sistemática da Repercussão Geral. Na oportunidade, firmou-se o seguinte entendimento: "*Em caso de inobservância de seu dever específico de proteção previsto no art. 5º, inciso XLIX, da Constituição Federal, o Estado é responsável pela morte de detento*".

Ocorre que a tese firmada no referido julgamento, por constituir paradigma da Repercussão Geral, possui aplicabilidade imediata, refletindo na atuação de todo o Poder Judiciário brasileiro, a teor do disposto nos arts. 1.039 e 1040 do atual Código de Processo Civil¹. Vejamos:

“Art. 1.039. Decididos os recursos afetados, os órgãos colegiados declararão prejudicados os demais recursos versando sobre idêntica controvérsia ou os decidirão aplicando a tese firmada”.

Parágrafo único. Negada a existência de repercussão geral no recurso extraordinário afetado, serão considerados automaticamente inadmitidos os recursos extraordinários cujo processamento tenha sido sobrestado.

Art. 1.040. Publicado o acórdão paradigma:

I - o presidente ou o vice-presidente do tribunal de origem negará seguimento aos recursos especiais ou extraordinários sobrestados na origem, se o acórdão recorrido coincidir com a orientação do tribunal superior;

II - o órgão que proferiu o acórdão recorrido, na origem, reexaminará o processo de competência originária, a remessa necessária ou o recurso anteriormente julgado, se o acórdão recorrido contrariar a orientação do tribunal superior;

III - os processos suspensos em primeiro e segundo graus de jurisdição retomarão o curso para julgamento e aplicação da tese firmada pelo tribunal superior;

IV - se os recursos versarem sobre questão relativa a prestação de serviço público objeto de concessão, permissão ou autorização, o resultado do julgamento será comunicado ao órgão, ao ente ou à agência reguladora competente para fiscalização da efetiva aplicação, por parte dos entes sujeitos a regulação, da tese adotada.”

Importante salientar, dessa forma, que o instituto da Repercussão Geral conferiu ao STF duas importantes vantagens, quais sejam, a possibilidade de selecionar as controvérsias mais relevantes e a de conferir o efeito multiplicador das suas decisões (FUCK, 2013).

¹ Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm. Acesso em 20/07/2016.

Assim, considerando a importância do referido efeito multiplicador, o presente estudo possui como objetivo avaliar como se consolidou a jurisprudência nacional, nos julgamentos da Corte Constitucional, no sentido de consignar a natureza objetiva da responsabilidade civil do Estado por morte de detento, a teor do disposto art. 37, § 6º, da Constituição Federal de 1988.

Para isso, o trabalho será estruturado em quatro capítulos. No primeiro capítulo, pretende-se tecer algumas considerações acerca da evolução da teoria da responsabilidade civil do Estado, tendo em vista a passagem da teoria da total irresponsabilidade para a teoria da responsabilidade do Estado.

Referida evolução será exposta mediante breve análise do histórico constitucional acerca do tema, analisando a natureza da responsabilidade civil do Estado sob as influências das Teorias Civilistas e das Teorias Publicistas (DI PIETRO, 2016).

Dentre as Teorias Publicistas, a primeira considerada será a *Teoria da Faute du Service* de Paul Duez (DUEZ e DEBEYRE, 1952), que consignou a responsabilidade civil do Estado como sendo subjetiva, e, portanto, dependente da comprovação da Culpa Administrativa (CARVALHO FILHO, 2016).

As demais, que culminaram com as Teorias do Risco Administrativo e Integral, estão contempladas na Constituição de 1988. Essas teorias, que amparam a natureza objetiva da responsabilidade civil do Estado, serão relatadas segundo capítulo do presente estudo, no qual pretende-se expor, ainda, os elementos caracterizadores da responsabilidade civil objetiva do Estado, bem como as excludentes, nos moldes firmados pelo atual texto constitucional.

Após, o terceiro capítulo conterà uma análise dos principais julgados do Supremo Tribunal Federal, verificando-se as teorias que os embasaram e com remissão ao período histórico em que foram firmados. O cotejo jurisprudencial e o paralelo histórico serão os principais aspectos tratados nesse momento.

Assim, pretende-se buscar como se deu a construção jurisprudencial e histórica da consolidação Teoria do Risco Administrativo, com o julgamento do RE-RG 841.526.

Importante consignar que o julgamento do paradigma supracitado, por constituir ponto essencial do trabalho, será objeto de análise do quarto capítulo, no qual se pretende, também, avaliar a tese firmada em sede de repercussão geral e tecer

algumas considerações sobre os respectivos desdobramentos no ordenamento jurídico brasileiro.

Por fim, o trabalho será finalizado com as críticas pertinentes e os resultados verificados ao longo do desenvolvimento do estudo, no sentido de verificar como se consolidou a natureza da responsabilidade civil do Estado por morte de detento sob a ótica da Teoria do Risco Administrativo.

1. Histórico da Responsabilidade Civil do Estado

1.1. Responsabilidade Civil e o desenvolvimento da sociedade

Inicialmente, faz-se necessário tecer algumas breves considerações acerca da própria noção de responsabilidade civil em si, considerada enquanto produto de um processo evolutivo da sociedade nos mais variados setores.

Essa noção é amparada pelos conceitos de risco, elemento inerente às atividades humanas, uma forma de dano sofrida por uma vítima, e a de reparação desse dano, em virtude de determinada causalidade e necessário amparo à vítima como um ideal básico compartilhado de justiça.

Assim, entende-se a responsabilidade civil é uma consequência, e não obrigação original, na medida em que constitui um dever jurídico sucessivo ou consequente, qual seja, o dever de reparação em virtude de um dano sofrido por uma determinada vítima. A responsabilidade civil é, portanto, uma instituição assecuratória de direitos e um estatutário para onde acorrem os que se prejudicam por comportamentos dos outros. É o resultado daquilo que não se comportou ou não ocorreu *secundum ius* (STOCO, 2014, p. 179).

O desenvolvimento da teoria da responsabilidade civil está intimamente relacionado com a própria evolução da sociedade em si, seja em aspectos de ordem social, científica ou material.

O acelerado crescimento econômico da sociedade no período pós-revolução industrial e a inserção das grandes massas populacionais no coletivo das cidades, bem como as diversas contribuições e inovações tecnológicas certamente contribuíram para o avanço e o desdobramento de novas considerações acerca da necessidade de reparação dos danos causados.

Nas palavras de Louis Josserand:

“E então, acontece muito naturalmente que, desprovidos da segurança material, aspiramos de mais a mais à segurança jurídica; uma vez que corremos sérios riscos de ser acidentados, tenhamos, ao menos a certeza de obter oportunamente uma reparação, nós mesmos se sairmos vivos do desagradável acidente, nossos herdeiros se a nossa existência se encerra. Há, em nosso espírito e nos nossos nervos, um movimento de defesa espontâneo, uma reação instintiva; quanto mais o homem está em perigo, tanto mais experimenta a necessidade de ser protegido pelo legislador ou pelo juiz, de poder identificar um responsável; o desdobramento da responsabilidade é assim função da insegurança e a fórmula viver perigosamente atrai fatalmente uma outra que lhe constitui a réplica e a sanção: responder pelos nossos atos”. (JOSSERAND, 1941, p. 53).

Os elementos caracterizadores da responsabilidade civil, bem como as respectivas excludentes, serão oportunamente estudados e analisados com mais precisão ao longo do presente estudo.

O que importa, em um primeiro momento, é contextualizar a importância histórica dessa instituição cujo desafio é o de sempre acompanhar o desenvolvimento social, nem sempre com o necessário amparo normativo ou judicial, em busca da manutenção da harmonia social (LIMA, 1998).

Como bem aponta Othon Azevedo Lopes, a responsabilidade civil, enquanto responsabilidade jurídica, não pode ser compreendida sem referência ao tempo, assim como toda e qualquer realidade social e cultural (LOPES, 2006, p. 345).

Assim, passadas tais considerações, faz-se mister destacar o contexto histórico em que se desenvolveu a teoria da responsabilidade civil do Estado.

1.2. Da total irresponsabilidade para a responsabilidade

A responsabilidade civil do Estado, da mesma forma, é produto de um processo evolutivo gradual, tendo passado por fases distintas e justificadas por um conjunto de princípios e questões políticas e históricas próprias, nas quais é possível vislumbrar marcos teóricos e temporais específicos (CAMPOS, 2011).

A evolução histórica da responsabilidade civil do Estado pode ser dividida, em linhas gerais, em três grandes fases: a irresponsabilidade civil do Estado; a responsabilidade civil do Estado sob as regras do Direito Privado; e a

responsabilidade civil do Estado a partir da aplicação das normas do Direito Público (FURTADO, 2013, p. 817).

Sob a égide do Estado Moderno, saliente-se que predominava, ainda, a intenção do Estado Absolutista, centrado na figura do monarca absoluto. Nesse período, não havia que se falar em responsabilidade civil do Estado, embora o conceito de Estado já estivesse presente (FACCHINI NETO, 2014). A noção de intangibilidade do soberano constituiu traço marcante dessa primeira fase.

Essa fase, também chamada de Teoria Regalista ou Regaliana, firma-se em três características básicas: a natureza irredutível da soberania do Estado, que proíbe a igualdade deste aos súditos; a figura do Estado soberano enquanto próprio organizador do direito não poderia ser classificada como violadora do mesmo direito; e, em consequência, os atos contrários à lei praticados pelos agentes públicos jamais poderiam ser vinculados ao Estado, e sim ter responsabilização pessoal desses mesmos agentes (CAHALI, 2012, p. 18).

A esse respeito, bem aponta o doutrinador Lucas Rocha Furtado:

“Nos Estados absolutistas, onde prevaleciam preceitos como *the King can do wrong*, vigente nas monarquias inglesas, ou *l'État c'est moi*, afirmado no regime monárquico francês, seria fácil concluir pela irresponsabilidade civil do Estado. Ora, se o Estado e o monarca são a mesma pessoa, e se o monarca não erra, como seria possível construir uma teoria que condene o Estado a ressarcir prejuízos sofridos pelos súditos?” (FURTADO, 2013, p. 817).

As teses da irresponsabilidade civil do Estado sofreram duras críticas. Ora, se o Estado soberano é o criador e mantenedor de uma determinada ordem jurídica, não haveria motivos para que este não se submetesse à mesma ordem. Nesse sentido, Yussef Cahali assinala que:

“Na doutrina, pôs-se em evidência que a teoria da irresponsabilidade representava clamorosa injustiça, resolvendo-se na própria negação do direito: se o Estado se constitui para a tutela do direito, não tinha sentido que ele próprio o violasse impunemente; o Estado, como sujeito dotado de personalidade, é

capaz de direitos e obrigações como os demais entes, nada justificando sua irresponsabilidade.” (CAHALI, 2012. p. 19).

Em reação a tais considerações, surgiu-se uma incipiente tentativa de responsabilização do Estado sob a ótica das legislações civilistas já na primeira metade do século XIX, na Europa Continental.

Pode-se afirmar que a França foi o grande palco em que se deu referida evolução, em virtude não só dos ideais da Revolução Francesa e do advento Estado de Direito, como também da grande sofisticação legislativa do país, referente ao Código Napoleônico de 1804 (CAMPOS, 2011).

Acerca da Revolução Francesa, Eugênio Facchini Neto salienta:

“Poucas vezes, na história da humanidade, um evento político teve uma repercussão jurídica tão devastadora, em espaço de tempo tão curto, como esse. Desde as primeiras sessões da Assembleia Constituinte, a burguesia vencedora procurou demolir, pedra por pedra, todos os fundamentos político-jurídicos que haviam sustentado o Antigo Regime. Pretendia-se a *régénération* (palavra de ordem do vocabulário revolucionário) integral: do homem, da sociedade, do Estado, por meio da lei.” (FACCHINI NETO, 2013. p. 63).

O Código Napoleônico (Código Civil Francês de 1804)² continha previsão no sentido de obrigar o ressarcimento de danos causados a terceiros nos casos de prejuízos causados por ação ou omissão, negligência, imperícia, imprudência ou dolo (FURTADO, 2013, p. 818).

Assim, inaugura-se uma nova fase, com o desdobramento das teorias civilistas: a Teoria dos Atos de Império e Atos de Gestão; e a Teoria da Responsabilidade Subjetiva, também chamada de ou Teoria da Culpa Civil.

² Os artigos 1382 e 1383 do Código Civil Francês de 1804 possuem a seguinte redação:

“1382. *Tout fait quelconque de l'homme, qui cause à autrui un dommage, oblige celui par la faute duquel il est arrivé, à le réparer.*

1383. *Chacun est responsable du dommage qu'il a causé nonseulement par son fait, mais encore par sa négligence ou par son imprudence.*”

Disponível em: <http://www.legilux.public.lu/leg/a/archives/1804/0005/a005.pdf>. Acesso em 19 de setembro de 2016.

1.3. Teorias Civilistas

Em uma primeira reação à Teoria Regalista, surgiu uma teoria que buscava dividir os atos do Estado, para fins de responsabilidade, em atos de império e atos de gestão. Os *atos de império* seriam aqueles praticados com todas as prerrogativas e privilégios de autoridade ainda remanescentes dos ideais absolutistas. Já os *atos de gestão* seriam aqueles praticados em situação de igualdade com os particulares.

Assim, essa distinção foi idealizada para abrandar a teoria da total irresponsabilidade do Estado, passando-se a admitir a responsabilidade civil quando decorrente de atos de gestão, e afastá-la quando decorrente de atos de império (DI PIETRO, 2016, p. 788).

Percebe-se, assim, que a responsabilização dos atos administrativos considerados *atos de gestão* possui o viés civilista na medida em que considera-se a aplicação dos dispositivos do Código Civil ao Estado.

A esse respeito, Yussef Cahali delinea bem a distinção entre os atos *jure imperii* e atos *jure gestionis*:

“Em condições tais, agindo o Estado no exercício de sua soberania, na qualidade de poder supremo, supraindividual, os atos praticados nessa qualidade, atos *jure imperii*, restariam incólumes a qualquer julgamento e, mesmo quando danosos para os súditos, seriam insuscetíveis de gerar direito à reparação.

Todavia, na prática de atos *jure gestionis*, o Estado equipara-se ao particular, podendo ter sua responsabilidade civil reconhecida, nas mesmas condições de uma empresa privada, pelos atos de seus representantes ou prepostos lesivos ao direito de terceiros; distingui-se, então, conforme tivesse havido culpa ou não do funcionário: havendo culpa, a indenização seria devida; sem culpa, não haveria ressarcimento do dano.” (CAHALI, 2012. p. 20).

É fácil vislumbrar que a *Teoria dos Atos de Império e Atos de Gestão* também não perdurou por muito tempo, seja pela falta de critérios objetivos para distinção

entre os referidos atos, seja pela incongruência de divisão da própria personalidade jurídica do Estado.

É marcante, ainda, que a definição de ato *jure imperii* configurava-se como resistência da teoria da total irresponsabilidade, ou Teoria Regalista, de tal forma que as críticas permaneceram.

Ocorre que, conforme previamente demonstrado, houve significativa evolução no ramo da imputabilidade de responsabilidade civil ao Estado, na medida em que este, enquanto criador e garantidor do direito e das instituições jurídicas, também deveria submeter-se à força imperativa do direito.

Posteriormente, a distinção entre os atos de império e de gestão foi superada, restando puramente aplicável as normas do direito civil, com a responsabilidade dependente da comprovação de culpa.

Essa teoria do ramo civilista é chamada de Teoria da Responsabilidade Civil Subjetiva do Estado, na qual o Estado responde tal como se fosse uma empresa privada responsável pelos atos de seus subordinados (DI PIETRO, 2016, p. 788).

Assim, conforme as regras do direito civil, demonstrado que o agente público, enquanto preposto do Estado, agia com culpa em sentido amplo (negligência, imprudência, imperícia ou dolo) causando um dano a terceiro, estaria configurada a responsabilidade civil. A *culpa* é elemento básico caracterizador da responsabilidade do tipo subjetiva.

Com o desenvolvimento e o reconhecimento do Direito Administrativo como ramo do direito autônomo, houve espaço para a consideração da responsabilidade civil sob a ótica do Direito Público, inaugurando-se, assim, a fase das Teorias Publicistas.

As Teorias Publicistas partem do pressuposto de que o foco para a análise da responsabilidade civil do Estado seriam os princípios do Direito Público, e não do Direito Privado, conforme consignado pelas Teorias Civilistas então vigentes (CAMPOS, 2011).

Paralelamente, importante citar a importância do Caso Blanco de 1783³, como marco inicial da autonomia da Responsabilidade Civil do Estado sob a ótica do Direito Público.

³ “O caso Blanco se passou do seguinte modo: a Manufatura Nacional de Tabaco da cidade de Bordeaux ocupava dois edifícios separados por uma rua. Quando duas vagonetes transportavam mercadorias e matéria-prima de um prédio para o outro, a menina Agnès Blanco, moradora da cidade de Bourdeaux, foi atropelada por uma das vagonetes enquanto

Nesse caso, o Tribunal de Conflitos francês reconheceu a competência do sistema contencioso administrativo, e não das vias judiciais comuns, para analisar os pleitos de indenização de particulares formulados contra o Estado, consignando que a responsabilidade civil do Estado, embora não seja absoluta, deve ser admitida (FURTADO, 2013, p. 818).

Sem dúvida, tal decisão constituiu um grande marco do rompimento com as Teorias Civilistas, na medida em que o Direito Público possui diretrizes e regulamentação próprias, além de autonomia em relação ao Direito Privado, devendo ser aplicado nos casos em que envolvam a responsabilidade civil do Estado.

Para finalizar as ideias centrais aqui retratadas, seguem transcritas algumas considerações do jurista francês André de Laubadère⁴:

“A responsabilidade da administração tem apresentado, desde o século XIX, uma considerável expansão. Pode-se afirmar, numa constatação um tanto curiosa, que essa responsabilidade sempre foi marcada pelo particularismo, o qual, durante muito tempo, consistiu na exigência de condições muito mais estritas que no direito civil; ao contrário dos dias atuais, em que responsabilidade das pessoas públicas é mais facilmente questionada que a dos particulares. O ponto de partida, de fato, foi o princípio da irresponsabilidade do

atravessava a rua, perdendo uma das pernas no acidente. Em ação judicial promovida para a reparação dos danos, surgiu o conflito de competência entre a jurisdição comum e o contencioso administrativo, Levada discussão ao Tribunal de Conflitos, este decidiu que a matéria deveria ficar sob julgamento dos Tribunais Administrativos, afinal, tratava-se de apuração da responsabilidade do Estado a partir do dano causado por um serviço público”. (CAMPOS, 2011, p. 43-57).

⁴ “Le responsabilité de l’administration a connu depuis le XIX^e siècle une extension considérable. On peut dire – et la constatation est assez curieuse – que si cette responsabilité a toujours été marquée de particularisme, celui-ci après avoir longtemps consisté dans l’exigence de conditions beaucoup plus strictes qu’en droit civil, tient au contraire aujourd’hui à ce que la responsabilité des personnes publiques est plus facile à mettre en cause que celle des particuliers.

Le point de départ, en effet, a été le principe de l’irresponsabilité de la puissance publique, que l’on trouve du reste à l’origine de tous les droits publics. Au milieu du XIX^e siècle, l’idée dominante était encore que la responsabilité de l’Etat n’apparaît que lorsqu’il agit comme personne privée. L’Etat souverain est irresponsable, sauf cas limitativement prévus par la loi. Les préjudices entraînés par le jeu des services publics sont un risque à courir pour les administrés, la compensation de avantages que ces services leur procurent. A la fin du XIX^e siècle, les auteurs constatent encore l’existence de ces principes et si l’arrêt Blanco affirme l’autonomie de la responsabilité administrative c’est dans le sens de son application restrictive (<< La responsabilité qui peut incomber à l’Etat... n’est ni générale, ni absolue >>”).

poder público, que se encontra na origem de todos os direitos públicos. Na metade do século XIX, a ideia dominante ainda propunha que a responsabilidade do Estado não aparecia, uma vez que este atuava como uma pessoa privada. O Estado Soberano é irresponsável, exceto nos casos restritivamente previstos em lei. Os danos provocados pela prestação dos serviços públicos são um risco a correr pelos administrados, é a compensação das vantagens que esses serviços o proporcionam. A final do século XIX, os autores ainda constatarem a existência desses princípios, e o arresto Blanco afirma que a autonomia da responsabilidade administrativa do Estado (...) não é geral, nem absoluta [‘A responsabilidade que pode incumbir ao Estado (...) não é geral, nem absoluta’]”. (Tradução da autora). (LAUBADÈRE, 1973, p. 678).

1.4. Teorias Publicistas

As Teorias Publicistas ganham espaço na medida em que se assimila que não se pode equiparar o Estado, com seus poderes e prerrogativas públicas, ao particular despido de qualquer autoridade. Assim, os princípios subjetivos da culpa civil seriam inaplicáveis no tocante à responsabilização do Estado por danos causados aos particulares (MEIRELLES, 2016).

Nas palavras de Hely Lopes Meirelles:

“A doutrina do Direito Público propôs-se a resolver a questão da responsabilidade civil da Administração por *princípios objetivos*, expressos na *teoria da responsabilidade sem culpa* ou fundados numa *culpa especial do serviço público quando lesivo a terceiros*.” (MEIRELLES, 2016, p. 780)

Assim, as Teorias Publicistas se subdividem em duas teorias básicas: a Teoria da *Faute du Service* e as Teorias do Risco. A primeira será avaliada no presente capítulo e as segundas serão oportunamente examinadas em momento posterior, cabendo, nesse momento, apenas algumas considerações iniciais.

A Teoria da *Faute du Service*, também chamada de Teoria da Culpa Anônima ou da Culpa do Serviço, foi consagrada pela clássica doutrina de Paul Duez (CARVALHO FILHO, 2016).

A noção de *faute* há que ser considerada sob dois aspectos: o primeiro corresponde a *faute individuelle* de um agente público durante a prestação do serviço público, sendo-lhe imputável mediante a configuração da culpa; o segundo, consubstanciado na ideia de *faute anonyme*, não pode ser individualizado, e corresponde a noção de *faute du service* (LAUBADÈRE, VENEZIA e GAUDENAT, 2002, p. 148-149).

Dessa forma, a Teoria da *Faute du Service* permitiu a responsabilização do Estado por atos omissivos, o que constituiu grande avanço quanto à responsabilidade civil do Estado.

Nos casos em que inexistente uma ação concreta e individual propriamente dita, a reparação dependente da comprovação da culpa de um agente específico restaria prejudicada, de maneira que, quando há culpa genérica no serviço, o Estado atua como se fosse um garante, sendo responsabilizado em termos patrimoniais (CARVALHO NETO, 2014)

A esse respeito Paul Duez avalia quais são as três hipóteses em que se configura a *Faute du Service* Público⁵:

“É possível agrupá-los sob três comandos que, em certa medida, correspondem às etapas marcadas pelo desenvolvimento cronológico da falha do serviço público: (i) o serviço que funciona mal; (ii) o serviço que não funciona; e (iii) o serviço que funciona tardiamente”. (Tradução da autora). (DUEZ e DEBEYRE, 1952, p. 423).

Sendo assim, ocorre a culpa do serviço quando o serviço não funciona (devendo funcionar), funciona mal ou funciona atrasado (BANDEIRA DE MELLO, 2013, p. 1019).

⁵ “Ils ont été en se multipliant. On peut les grouper sous trois chefs qui, dans une certaine mesure correspondent aux étapes marquées par le développement chronologique de la faute du service public: 1° le service a mal fonctionné; le service n’a pas fonctionné; 3° le service a fonctionné mais tardivement.”

Nessa teoria a culpa anônima da administração é presumida, caso comprovado pelo particular que uma das três hipóteses acima delineadas restou configurada. Insta salientar que, embora configure um avanço na temática de responsabilidade civil, na medida em que considera a aplicação dos preceitos de direito público, a comprovação da *faute* em casos de prestação de serviços ainda constituía grande empecilho para a reparação da vítima.

Dessa maneira, o particular se desonera, em parte, do ônus da prova, cabendo ao Estado, portanto, afastar a alegação de *faute* no intuito de desincumbir-se de eventual indenização.

Apesar de inserir-se na fase das Teorias Publicistas, percebe-se que a Teoria da *Faute du Service* é de natureza subjetiva, porquanto depende da comprovação da *faute*, ou seja, da culpa no serviço.

Insta salientar que a presunção de culpa do Estado, que desobriga parcialmente a vítima do dano, não retira o caráter subjetivo desta teoria. Isso porque, caso reste comprovado que a atuação estatal foi orientada com diligência, prudência e perícia (enquanto antítese da culpa), não haveria que se falar em obrigação de indenizar, o que não ocorreria na hipótese de responsabilidade objetiva (BANDEIRA DE MELLO, 2013, p. 1021).

As demais teorias Publicistas, denominada Teorias do Risco Integral e Administrativo são de natureza objetiva e serão estudadas com mais detalhamento no capítulo seguinte, por uma questão meramente didática.

Todavia, importante já adiantar o contexto histórico em que se desenvolveram as Teorias do Risco, mantendo-se, ainda a coerência das razões principais deste capítulo inicial.

As Teorias do Risco possuem como fundamento a necessidade de objetivação da caracterização da responsabilidade civil do Estado. Pode-se dizer que tal hipótese aumentou de forma significativa a possibilidade de indenização das vítimas que, antes, muitas vezes não conseguiam obter a reparação pelo dano sofrido, em virtude da notada dificuldade de comprovação da culpa do agente ofensor (VIANA, 2013, p. 135).

Pode-se citar, ainda, que a supremacia do Estado em relação aos particulares também colaborou para a desconsideração do elemento subjetivo da *culpa* e sua substituição pela consideração do elemento do *risco*.

Este *risco* foi por demais aumentado com o próprio desenvolvimento da sociedade moderna e pós-moderna, retomando aqui as ideias de Louis Josserrand, de tal forma que havia necessidade de a teoria da responsabilidade civil acompanhar as crescentes demandas indenizatórias, originadas de riscos que a própria sociedade criou.

A insegurança material da vida moderna, aliada à função primordial da lei (e do direito em si) de anular desequilíbrios jurídicos em socorro dos mais fracos, culminou com o desenvolvimento da teoria do risco, “*sem se afastar dos princípios de u’a moral elevada, sem postergar a dignidade humana e sem deter a marcha das conquistas dos homens*” (LIMA, 1998. p. 335-336).

Assim, observa-se a objetivação da responsabilidade civil como uma tendência, de maneira que o *risco* se opõe a *culpa*, criando dois polos: o polo objetivo, onde o risco é o fator primordial; e o polo subjetivo, onde reina a culpa. A teoria da responsabilidade civil se orienta, tal como um pêndulo, por estes dois polos (JOSSERAND, 1941).

Passadas essas considerações teóricas, importante examinar a evolução da temática no âmbito do ordenamento jurídico nacional, enfocando nos textos constitucionais com as respectivas teorias que os embasaram.

1.5. Breve histórico constitucional brasileiro

Pode-se afirmar que, em linhas gerais, a teoria da total irresponsabilidade do Estado não foi acolhida pelo direito brasileiro (DI PIETRO, 2016). Seja pelo histórico de colonização ou pela ampla influência dos ideais da Revolução Francesa na independência tardia do país, a total irresponsabilidade civil do Estado não foi, ao menos de forma ampla, adotada pelo ordenamento brasileiro.

A primeira Constituição Imperial de 1824 já possuía dispositivos imputando responsabilidade a Ministros de Estado (art. 133), empregados públicos (art. 179, inciso XXIX) e até mesmo juízes (art. 156)⁶ pelos atos praticados no exercício de suas funções (CAMPOS, 2011).

⁶ “Art. 133. Os Ministros de Estado serão responsáveis
I. Por traição.
II. Por peita, suborno, ou concussão.
III. Por abuso do Poder.

Todavia, conforme se pode observar da leitura do referido texto constitucional⁷, as prerrogativas do Poder Moderador (CARVALHO SILVA, 2008) conferido ao imperador, certamente constituem influências da teoria da total irresponsabilidade civil.

Note-se que a responsabilidade desse período é de natureza subjetiva, porquanto dependente da comprovação de culpa, que restou inalterada com a promulgação da Constituição Federal de 1891⁸. A diferença mais marcante entre os textos constitucionais, para efeitos de responsabilidade civil do Estado, está na extinção do Poder Moderador (MORAES FILHO, 2008).

Importante consignar que o Código Civil de 1916⁹ trouxe dispositivo (art. 15) que expressamente adotou a Teoria Civilista, para fins de responsabilidade civil do

IV. Pela falta de observancia da Lei.

V. Pelo que obrarem contra a Liberdade, segurança, ou propriedade dos Cidadãos.

VI. Por qualquer dissipação dos bens publicos.

Art. 156. Todos os Juizes de Direito, e os Officiaes de Justiça são responsaveis pelos abusos de poder, e prevaricações, que commetterem no exercicio de seus Empregos; esta responsabilidade se fará effectiva por Lei regulamentar.

Art. 179. A inviolabilidade dos Direitos Civis, e Politicos dos Cidadãos Brasileiros, que tem por base a liberdade, a segurança individual, e a propriedade, é garantida pela Constituição do Imperio, pela maneira seguinte.

(...)

XXIX. Os Empregados Publicos são strictamente responsaveis pelos abusos, e omissões praticadas no exercicio das suas funcções, e por não fazerem effectivamente responsaveis aos seus subalternos."

Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao24.htm. Acesso em 20 de setembro de 2016.

⁷ O art. 99 da Constituição Imperial eximia a figura do Imperador de qualquer tipo de responsabilidade: "A Pessoa do Imperador é inviolavel, e Sagrada: Elle não está sujeito a responsabilidade alguma." Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao24.htm. Acesso em 20 de setembro de 2016.

⁸ "Art 82 - Os funcionários públicos são estritamente responsáveis pelos abusos e omissões em que incorrerem no exercício de seus cargos, assim como pela indulgência ou negligência em não responsabilizarem efetivamente os seus subalternos." Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao91.htm. Acesso em 20 de setembro de 2016.

⁹ O art. 15 do Código Civil de 1916 adotou expressamente a Teoria da Culpa Civil: Art. 15. "As pessoas jurídicas de direito publico são civilmente responsáveis por atos dos seus representantes que nessa qualidade causem danos a terceiros, procedendo de modo contrario ao direito ou faltando a dever prescrito por lei, salvo o direito regressivo contra os causadores do dano." Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L3071.htm. Acesso em 20 de setembro de 2016.

Estado, na medida em que previu a hipótese de responsabilidade subjetiva das pessoas jurídicas de direito público por atos cometidos por seus agentes, além da previsão do direito de regresso contra o ofensor (CAMPOS, 2011).

A Constituição Federal de 1934¹⁰ trouxe forte mudança no direcionamento da responsabilidade Estatal, uma vez que trouxe a possibilidade de responsabilização solidária entre o agente público e o Estado, configurando hipótese de litisconsórcio passivo necessário.

Dessa forma, *“a garantia de recebimento da indenização não mais dependeria da disponibilidade patrimonial do agente causador do dano, podendo o terceiro lesado voltar sua pretensão contra os cofres estatais, possivelmente mais fartos.”* (CARVALHO NETO, 2014. p. 57)

A Constituição Federal de 1937¹¹ não trouxe mudanças significativas quanto à temática da responsabilidade civil do Estado, limitando-se a repetir a redação do dispositivo da constituição anterior (MORAES FILHO, 2008).

Outra grande mudança restou configurada com a Constituição Federal de 1946 (art. 194)¹², na qual se deu adoção expressa da responsabilidade civil de natureza objetiva do estado (CAHALI, 2012).

¹⁰ “Art 171 - Os funcionários públicos são responsáveis solidariamente com a Fazenda nacional, estadual ou municipal, por quaisquer prejuízos decorrentes de negligência, omissão ou abuso no exercício dos seus cargos.

§ 1º - Na ação proposta contra a Fazenda pública, e fundada em lesão praticada por funcionário, este será sempre citado como litisconsorte.” Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao34.htm. Acesso em 20 de setembro de 2016.

¹¹ “Art 158 - Os funcionários públicos são responsáveis solidariamente com a Fazenda nacional, estadual ou municipal por quaisquer prejuízos decorrentes de negligência, omissão ou abuso no exercício dos seus cargos.” Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao37.htm. Acesso em 20 de setembro de 2016.

¹² O art. 194 da Constituição de Federal de 1946 consignou, pela primeira vez, a responsabilidade objetiva do Estado. Importante salientar que o elemento da culpa, previsto no parágrafo único, é considerado apenas quando da necessidade de ação de regresso contra o agente público, que responde de subjetiva.

“Art 194 - As pessoas jurídicas de direito público interno são civilmente responsáveis pelos danos que os seus funcionários, nessa qualidade, causem a terceiros.

Parágrafo único - Caber-lhes-á ação regressiva contra os funcionários causadores do dano, quando tiver havido culpa destes.”

Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao46.htm. Acesso em 20 de setembro de 2016.

Insta salientar que, a partir dessa ordem de ideias, o particular passou a ter direito à reparação do dano, independentemente da comprovação da conduta culposa do agente público. Tal possibilidade estava resguardada ao Estado, permitindo-se ação regressiva contra o seu funcionário que tenha agido com culpa (CARVALHO NETO, 2014, p. 57-58).

A Constituição Federal de 1967¹³ apenas acrescentou, textualmente, o elemento do *dolo* às hipóteses de ação do agente público, para efeito do exercício do direito de regresso.

Importante destacar que tal alteração foi meramente textual, tratando-se de simple ajuste, seja pelo fato de que se a ação regressiva já era permitida em caso de culpa, com maior razão seria em caso de dolo (CARVALHO NETO, 2014, p. 58), seja por se considerar o conceito de culpa *lato sensu* (negligência, imprudência e imperícia – culpa em sentido escrito – e dolo).

No mesmo sentido, a Emenda Constitucional nº 1 de 1969¹⁴ também limitou-se a reproduzir o texto da Constituição de 1967.

A Constituição Federal de 1988¹⁵ ampliou as garantias conferidas ao cidadão, mantendo a responsabilidade civil do Estado e estendendo-a, também, para pessoas

¹³ “Art 105 - As pessoas jurídicas de direito público respondem pelos danos que es seus funcionários, nessa qualidade, causem a terceiros.

Parágrafo único - Caberá ação regressiva contra o funcionário responsável, nos casos de culpa ou dolo.” Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao67.htm. Acesso em 20 de setembro de 2016.

¹⁴ “Art. 107. As pessoas jurídicas de direito público responderão pelos danos que seus funcionários, nessa qualidade, causarem a terceiros.

Parágrafo único. Caberá ação regressiva contra o funcionário responsável, nos casos de culpa ou dolo.” Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Emendas/Emc_anterior1988/emc01-69.htm. Acesso em 20 de setembro de 2016.

¹⁵ “Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:
§ 6º As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa.” Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em 20 de setembro de 2016.

jurídicas de direito privado que prestem serviço público (CARVALHO NETO, 2014, p. 59).

Percebe-se que os textos constitucionais traçaram vasto caminho no sentido de consignar e admitir a responsabilidade civil do Estado de natureza objetiva, na medida em que o elemento da *culpa* foi perdendo gradual espaço para o elemento caracterizador do *risco*.

Ressalte-se que, embora a Constituição de 88 tenha notadamente consagrado a Teoria do Risco no ordenamento jurídico brasileiro, enquanto de natureza objetiva, isso não significa que a Teoria da Culpa, de natureza subjetiva, tenha sido extirpada do ordenamento por completo.

A responsabilidade de natureza subjetiva do Estado ainda está presente no nosso atual sistema jurídico, notadamente nos casos de omissão por parte da Administração. Todavia, as hipóteses de aplicação desta teoria geram as mais variadas discussões doutrinárias e jurisprudenciais que não serão objeto do presente estudo.

Assim, a teoria objetiva e a teoria subjetiva da responsabilidade civil coexistem. No entanto, conforme se pretendeu demonstrar, houve sensível modificação dos panoramas da responsabilidade civil do Estado, orientada cada vez mais pela busca da reparação da vítima mediante aplicação da teoria objetiva.

O art. 37, § 6º, do texto constitucional vigente convencionou a aplicação da Teoria do Risco, de natureza objetiva, cujos elementos caracterizadores e hipóteses de excludentes serão estudados no próximo capítulo.

2. Teorias do Risco

2.1. Fundamentos e Elementos da Teoria do Risco

Conforme já elucidado, é certo que a tendência de objetivação da responsabilidade civil do Estado tem por principal causa o incremento dos riscos na sociedade. Os riscos fazem parte da atividade humana, e isso é muito maior em relação ao Estado pela dimensão das atividades por ele desempenhadas.

Na pós-modernidade, pode-se afirmar que há dois princípios gerais orientadores da responsabilidade civil¹⁶: a primazia do interesse da vítima e a solidariedade social (FARIAS, NETTO e ROSENVALD, 2015, p. 1004).

Em relação à primazia do interesse da vítima, resta claro o constante distanciamento da necessidade de verificação de conduta culposa. Já a solidariedade social é entendida como necessidade de distribuição equitativa, por todo corpo social, dos danos individualmente sofridos. Tal noção é plenamente aplicável ao Estado, uma vez que se, em tese, os benefícios da atuação estatal atingem a todos, os prejuízos também devem ser por todos solidarizados (FARIAS, NETTO e ROSENVALD, 2015).

Assim, pode-se consolidar, em termos gerais, três fundamentos básicos da Teoria do Risco, enquanto teoria de responsabilidade civil objetiva, aplicada ao Estado: o afastamento da apreciação do elemento subjetivo da culpa; a solidariedade entre a sociedade beneficiária das atividades exercidas pelo Estado e o particular que sofreu um dano decorrente da ação pública, e, por fim, a posição privilegiada do Estado em face dos particulares, considerada enquanto fundamento de natureza política e jurídica (CAMPOS, 2011).

No mesmo sentido, Othon Azevedo Lopes destaca o elemento da *equidade*, como fundamento jurídico necessária à distribuição dos riscos na sociedade moderna, pela teoria da responsabilidade objetiva. Confira-se:

“Na responsabilidade por equidade, exige-se um compromisso com os resultados, de modo que se o dano não pode ser evitado

¹⁶ O presente estudo não busca esgotar todos as diretrizes aplicáveis ao tema, mas apenas elucidar as principais características que orientaram o desenvolvimento da Teoria do Risco. Nelson Rosenvald não exclui a aplicabilidade de outros princípios da responsabilidade civil do Estado: “São também aplicáveis à responsabilidade civil do Estado – e podem ter valia na solução de casos concretos – alguns outros princípios, tais como: (a) princípio da vulnerabilidade (o cidadão está, frente ao Estado, em posição de vulnerabilidade, razão pela qual deve ser levado em conta essa situação real de desnível); (b) princípio da informação (o Estado tem o dever de bem informar o cidadão, com lealdade e transparência. Salvo naqueles setores – cada vez mais raros, como segurança nacional – em que se impõe o sigilo, a informação deve ser completa, gratuita e útil. Se a ausência de informação causar dano ao cidadão, a indenização poderá ter lugar); (c) princípio da segurança (o Estado tem o dever constitucional de prestar segurança aos cidadãos e responde quando falhar no cumprimento desse dever); (d) e princípio do ‘venire contra factum proprium’ (o Estado não pode adotar uma postura contraditória perante o cidadão. Não pode agir em contradição com a legítima expectativa que criou, causando perplexidade e surpresa. Se o comportamento contraditório causou um dano ao cidadão, objetivamente configurado, é natural que surja o dever de indenizar).” (FARIAS, NETTO e ROSENVALD, 2015. p. 1006).

concretamente, ele deve ser reparado. O intuito é resguardar o interesse da vítima que, geralmente, nas circunstâncias de tal molde de responsabilidade estará em posição de desvantagem em relação ao responsável pelo dano no que concerne ao controle dos resultados e mesmo para suportar o ônus do dano. Por isso, caso não seja possível a esse último evitar o dano, ainda assim surgirá o dever de indenizar, a partir dos códigos e modelos do risco, da garantia, da eficiência e da própria equidade;” (LOPES, 2006, p. 326).

Importante analisar, nesse momento, os elementos identificadores e caracterizadores da responsabilidade civil do Estado, quais sejam: a *conduta*, o *dano* e o *nexo de causalidade* entre a conduta do agente e o dano sofrido pelo particular.

A conduta pode ser entendida como o comportamento humano voluntário, exteriorizado através de um ato comissivo ou omissivo, produzindo consequências jurídicas. A ação ou omissão correspondem ao aspecto físico da conduta, sendo a vontade apenas o aspecto psicológico (CAVALIERI FILHO, 2014, p. 37).

Em relação ao ato omissivo ou comissivo, cabe salientar que há grandes divergências doutrinárias a respeito do enquadramento da natureza da responsabilidade civil do Estado por omissão como subjetiva ou objetiva.

O presente estudo não tem por objetivo dirimir tais controvérsias, nem exaurir de forma definitiva as teorias que os embasam. Contudo, não cabe deixar de mencionar que a maioria da doutrina se posiciona pela coexistência das teorias objetiva e subjetiva, e há certa orientação jurisprudencial de considerar que a responsabilidade civil do Estado por omissão é de natureza subjetiva.

Segundo Letícia Queiroz de Andrade:

“A principal repercussão prática da distinção entre as teorias objetiva e subjetiva é que apenas a última demanda culpabilidade para sua configuração, elemento de que prescinde a teoria objetiva. Assim, por prescindir dos elementos da culpa ou dolo do agente para lhe imputar responsabilidade, a aplicação da teoria objetiva propicia a reparação de danos, ainda que os atos causadores dos danos não sejam contrários ao direito, ou seja, abrange tanto atos

lícitos quanto ilícitos. Já a teoria subjetiva, por demandar a configuração de culpa ou dolo do agente para imputação de responsabilidade, atrela a reparação do dano ao descumprimento de um dever jurídico e, portanto, restringe a responsabilização aos atos ilícitos.” (ANDRADE, 2014, p. 206-207).

Todavia, o foco do presente estudo se dá na tendência e consolidação da teoria de natureza objetiva, motivo pelo qual o riquíssimo tema da responsabilidade civil do Estado subjetiva, na forma de um ato omissivo, não será examinado a fundo.

Importante reiterar que a tendência objetivista da responsabilidade civil do Estado se dá pelo fato de que a teoria subjetiva contempla o requisito da *culpabilidade*, enquanto que a objetiva contempla o requisito do *dano*, o que de certa forma facilita a comprovação e reparação da vítima lesionada.

Assim, em busca de uma reparação o mais ampla possível, o constante incremento das hipóteses de responsabilização objetiva representou importante processo de *desculpabilização*, na medida em que a *pessoa do ofensor* e sua *culpa* perdem espaço e foco para a *pessoa do ofendido* e sua *necessidade de reparação* (CRUZ, 2005, p. 17).

No tocante ao aspecto psicológico, pode-se afirmar que ele é desconsiderado para efeitos de responsabilidade de natureza objetiva. Isso porque não há necessidade de comprovação de conduta culposa, em sentido amplo, composta nas noções de imprudência, imperícia ou negligência, e na noção de dolo enquanto vontade dirigida a um fim ilícito (STOCO, 2014).

Já a respeito do ato em si, considerando também a responsabilidade objetiva, independentemente consistir em ação ou omissão, destaca-se que este ato pode ser tanto de natureza lícita como de natureza ilícita.

Celso Antônio Bandeira de Mello defende que a responsabilidade civil do Estado por atos lícitos e ilícitos decorrem dos princípios da legalidade e da igualdade:

“a) No caso de comportamentos ilícitos comissivos ou omissivos, jurídicos ou materiais, o dever de reparar o dano é a contrapartida do princípio da legalidade. Porém, no caso de comportamentos ilícitos comissivos, o dever de reparar já é, além disso, imposto também pelo princípio da igualdade.

b) No caso de comportamentos lícitos, assim como na hipótese de danos ligados a situação criada pelo Poder Público – mesmo que não seja o Estado o próprio autor do ato danoso –, entendemos que o fundamento da responsabilidade civil estatal é garantir uma equânime repartição dos ônus provenientes de atos os efeitos lesivos, evitando que alguns suportem prejuízos ocorridos por ocasião ou por causa de atividades desempenhadas no interesse de todos. De conseguinte, seu fundamento é o princípio da igualdade, noção básica do Estado de Direito.” (BANDEIRA DE MELLO, 2013, p. 1023).

A ideia é bastante simples: o princípio da legalidade busca coibir atos contrários a direito (atos ilícitos); enquanto que o princípio da igualdade busca o reequilíbrio ou, na medida do possível, o retorno ao *status quo ante*, não podendo o particular deixar de ser ressarcido por um evento danoso, decorrente da conduta estatal, que lhe afetou de forma específica e anormal.

Nas palavras de Honildo Amaral de Mello Castro:

“Não se deve ignorar que a atividade pública, pelo seu interesse coletivo, sobrepõe-se ao interesse individual, ao interesse privado, razão pela qual *para que o dano dê lugar ao direito indenizatório é necessário que o prejuízo seja especial ou singular, e não universal, isto é, somente ocorre quando certa ou certas pessoas forem prejudicadas pela atividade administrativa, enquanto a generalidade foi poupada.*” (CASTRO, 2010, p. 49).

Aproveitando o ensejo relacionado a ideia de reequilíbrio jurídico apresentado, e conduzindo a dissertação para o estudo do elemento do *dano*, importante salientar o aspecto multifuncional da responsabilidade civil, consistente nas funções reparatória, punitiva e precaucional (FARIAS, NETTO e ROSENVALD, 2015, p. 39).

Para efeitos de estudo do *dano*, a função reparatória é certamente a mais considerável. Essa reparação nem sempre corresponde ao imediato e quantificado ressarcimento material exatamente correspondente ao dano sofrido.

Isso porque há hipóteses em que a natureza do dano ultrapassa a esfera material objetivamente considerada. Nesses casos, a reparação do dano possui um viés extrapatrimonial. O ressarcimento econômico remete, via de regra, a um dano material, mas também há que se considerar eventuais danos extrapatrimoniais sofridos pela vítima.

A esse respeito, bem assinala Rui Stoco:

“O chamado dano moral corresponde à ofensa causada à pessoa a *parte subjecti*, ou seja, atingindo bens e valores de ordem interna ou anímica, como a honra a imagem, o bom nome, a intimidade, a privacidade, enfim, todos os atributos da personalidade.

O dano material, não sendo possível o retorno ao *status quo ante*, se indeniza pelo equivalente em dinheiro, enquanto o dano moral, por não ter equivalência patrimonial ou expressão matemática, se compensa com um valor convencionado, mais ou menos aleatório, mas que não pode levar à ruína aquele que paga, nem causar enriquecimento a quem recebe, ou conceder a este mais do que conseguiria amealhar com seu próprio trabalho e esforço. Há de caracterizar-se como um mero afago, um agrado ou compensação ao ofendido, para que esquema mais rapidamente dos aborrecimentos e dos males d’alma que suportou.” (STOCO, 2014, p. 201).

Importante salientar que a terminologia mais correta para o comumente chamado *dano moral* é, em verdade, *dano extrapatrimonial*. Entende-se que o dano moral corresponde a uma espécie de dano extrapatrimonial, este mais amplo que aquele, em termos técnicos. A consideração da possibilidade de dano extrapatrimonial na doutrina e jurisprudência pátrias está relacionada com a própria violação princípio constitucional da pessoa humana (MENEZES, 2010).

No mesmo sentido, Rodolfo Pamplona Filho e Luiz Carlos Vilas Boas Andrade Júnior assinalam:

"Percebe-se então, que a dignidade da pessoa humana cria uma ampliação na tutela da pessoa humana. A teoria da responsabilidade

civil, antes voltada quase que em sua totalidade para a proteção de bens patrimoniais, depara-se com novos bens jurídicos merecedores de proteção, haja vista que a pessoa, em qualquer de seus âmbitos, deve ser protegida, a fim de se garantir a sua dignidade" (PAMPLONA FILHO e JÚNIOR, 2014, p. 2)

Em que pese a elasticidade do conceito de dignidade da pessoa humana, bem como as novas adjetivações do dano¹⁷ dela decorrentes, será adotada a divisão dicotômica básica entre danos patrimoniais e extrapatrimoniais, por uma questão didática.

Entende-se que os danos extrapatrimoniais estão ligados muito mais à ideia de compensação da vítima do que à ideia de ressarcimento propriamente dita, porque a violação direitos referentes à dignidade da pessoa humana dificilmente são passíveis de recomposição (MENEZES, 2010).

Nesse sentido, Sérgio Cavalieri Filho:

“O dano é o grande vilão da responsabilidade civil, encontra-se no centro da obrigação de indenizar. Não haveria que se falar em indenização, nem em ressarcimento, se não fosse o dano. Pode haver responsabilidade sem culpa, mas não pode haver responsabilidade sem dano. (...) Indenização sem dano importaria enriquecimento ilícito; enriquecimento sem causa para que a recebesse e pena para quem a pagasse, porquanto o objetivo da indenização, sabemos todos, é reparar o dano sofrido pela vítima, reintegrá-la ao estado em que se encontrava antes da prática do ato ilícito. E, se a vítima não sofreu nenhum dano, a toda evidência não haverá o que ressarcir. Daí a afirmação, comum praticamente a todos os autores, de que o dano é não somente fato constitutivo, mas, também, determinante do dever de indenizar.” (CAVALIERI FILHO, 2014, p. 92).

¹⁷ Rodolfo Pamplona Filho e Luiz Carlos Vilas Boas Andrade Júnior apresentam, em riquíssimo texto, novas adjetivações do dano decorrentes de menções doutrinárias e jurisprudenciais, dentre eles: o dano à imagem; o dano estético; o dano psicológico; o dano existencial; o dano biológico; dentre outros. (PAMPLONA FILHO e JÚNIOR, 2014)

Assim, observa-se que o papel do julgador e da jurisprudência é fundamental no estabelecimento de critérios para fixação de dano extrapatrimonial, uma vez que a responsabilidade civil não deve constituir mecanismo de enriquecimento sem causa nem ao agente ofensor, em sua forma primária, nem mesmo para o lado da vítima.

Isso porque indenização sem dano constitui enriquecimento sem causa, e tal máxima também deve ser devidamente considerada quando da fixação dos *quantum debeatur* relativos aos efetivos danos sofridos pela vítima.

Entende-se que as funções punitiva e preventiva da indenização por danos extrapatrimoniais permanecem secundárias em relação à função reparatória, de tal forma que, embora importante, essa tríplice função deve buscar a justa indenização, em oposição ao enriquecimento ilícito tanto do agente, quanto da vítima (MENEZES, 2010).

Aliás, o papel da jurisprudência na construção e evolução da temática da responsabilidade civil do Estado será oportunamente avaliado no próximo capítulo, que conterà análise dos principais julgados do Supremo Tribunal Federal.

Por fim, o último elemento caracterizador da responsabilidade civil é o *nexo de causalidade*. Embora a responsabilidade civil do Estado seja um tema de ampla riqueza e complexidade, pode-se afirmar que a estrutura interna do nexo causal nem sempre é tratada com a profundidade que merece. Isso que pode ser considerado um erro, uma vez que o *nexo causal* pode ser avaliado sob um espectro mais ou menos elástico, a depender dos pressupostos teóricos adotados para a resolução de um caso concreto (VALGAS, 2010).

Pode-se afirmar que o nexo de causalidade exerce uma função dupla, consistente tanto em determinar a quem se deve atribuir o resultado danoso, quanto em verificar a extensão do dano, porquanto serve como medida de indenização (CRUZ, 2005, p. 22).

Na responsabilidade de natureza objetiva, em virtude da ausência dos parâmetros de culpa e de ilicitude, conforme relatado acima, o *nexo causal* exerce papel fundamental (CRUZ, 2005, p. 24).

Cabe elucidar, nesse momento, as três principais teorias do nexo de causalidade adotadas pela doutrina, sem a pretensão de exaurir, contudo, este tema tão vasto e relevante para o presente estudo¹⁸.

A estrutura interna do nexo causal é normalmente mais aprofundada pelos civilistas do que pelos publicistas (VALGAS, 2010, p. 1.). Seja pelo fato de que a responsabilidade civil entre particulares possua um universo mais amplo de caracterizações da causalidade, seja por uma reação publicista às teorias civilistas anteriormente adotadas, o fato é que, para efeitos de responsabilidade civil objetiva do Estado, há três teorias básicas a serem consideradas.

A primeira delas, praticamente desconsiderada na jurisprudência pátria, é a Teoria da Equivalência das Condições. Essa teoria amplia significativamente o nexo causal no tempo, na medida em que, ao considerar todas as condições que influenciaram no resultado como equivalentes, não distingue os fatos mais relevantes para a produção do resultado danoso (VALGAS, 2010).

Insta salientar a sutil diferença entre causa e condição. A condição corresponde a todo o fato que está na origem do dano, enquanto que a causa é toda condição determinante para a produção de determinado resultado (FARIAS, NETTO e ROSENVALD, 2015, p. 463).

Assim, quando houver pluralidade de causas, todas devem ser consideradas eficientes na produção do efeito danoso, consistindo em forte apelo à causalidade natural (CRUZ, 2005, p. 39).

A Teoria da Equivalência das Condições, ou da *conditio sine qua non*, recebe duras críticas e, conforme salientado, não é adotada pela jurisprudência. Destaque-se, por oportuno, as considerações abaixo:

“A falta de cientificidade dessa teoria para o direito e sua concepção por demais atrelada a conceitos naturalísticos de causa e efeito é evidente. Se para a física e matemática pode fazer sentido essa interpretação condicionalística, para o direito é um convite à

¹⁸ Gisela Sampaio da Cruz examina a questão do nexo de causalidade enumerando diversas doutrinas acerca do tema: Teoria da Causa Próxima, Teoria da Causa Eficiente e Teoria da Causa Preponderante, Teoria do Escopo da Norma Jurídica Violada, Teoria da Ação Humana, dentre outras (CRUZ, 2005). Contudo, entende-se que tais teorias são mais aplicáveis ao Direito Civil, de tal forma que a breve análise da Teoria da Equivalência dos

arbitrariedade e à imputação *ad eternum* dos efeitos danosos.”
(FARIAS, NETTO e ROSENVALD, 2015, p. 465)

A segunda principal teoria, que já possui maior aplicação na jurisprudência e aceitabilidade da doutrina, é a Teoria da Causalidade Adequada. Essa teoria admite a distinção entre causa e condição, considerando os antecedentes que tiveram mais ou menos relevância para a produção do evento danoso (CAVALIERI FILHO, 2014, p. 65).

As críticas à Teoria da Causalidade Adequada se devem a sua complexidade em determinar qual seria a causa específica para a produção do resultado, além de deixar um grande espaço ao arbítrio do julgador para aplicá-la no caso concreto (VALGAS, 2010).

Outro aspecto que há de ser considerado diz respeito ao amplo arbítrio do juiz quando da análise do caso concreto, uma vez que a escolha da causa mais adequada, qualificando-a dentre as causas relacionadas ao evento danoso, possui alto grau de subjetividade. Assim, para o mesmo caso concreto, poder-se-ia chegar à conclusões bastante diversas, a depender do juízo de cada julgador.

Por fim, a Teoria da Causalidade Direta e Imediata considera que nem toda a condição que influenciou o resultado será a causa deste, na medida em que pouco importa a distância temporal entre o fato e o dano, vez que o elemento que rompe o nexo da cadeia causal é o surgimento de outra causa, e não o elemento temporal (VALGAS, 2010).

Nesse sentido, Gisela Sampaio da Cruz:

“A causa direta e imediata nem sempre é a mais próxima do dano, mas sim aquela que necessariamente o ensejou, pois não é a distância temporal entre a inexecução e o dano que rompe o nexo causal. A idéia central, enunciada e repetida pelos autores, é, pois, a de que o aparecimento de outra causa é que rompe o nexo causal e não a distância entre a inexecução e o dano.

(...)

Antecedentes, a Teoria da Causalidade Adequada e a Teoria da Causa Direta e Imediata, consideradas as principais, é o que serão objeto de elucidação no presente estudo.

Não é o tempo propriamente que revela a responsabilidade pela causação do dano, mas a proximidade lógica.” (CRUZ, 2005, p. 103-104).

Esta teoria, também denominada de Teoria da Interrupção do Nexo Causal, determina que a última condição, deve ser considerada a causa do dano (STOCO, 2014, p. 231).

Destaque-se que esta teoria encontra guarida no Código Civil pátrio¹⁹, o que, todavia, não exclui a hipótese de construção das demais teorias referentes ao tema.

Sob a ótica da segurança jurídica, pode-se afirmar que a Teoria da Causalidade Direta e Imediata opõe-se à Teoria da Causalidade Adequada, uma vez que procura uma solução objetiva, concernente ao critério de aparecimento de outra causa, sem recorrer tanto ao viés subjetivo do julgador (FARIAS, NETTO e ROSENVALD, 2015, p. 468).

Todavia, a rigidez dessa determinação pode gerar graves injustiças em situações nas quais concretamente existam danos indiretos que resultam do comportamento do agente (FARIAS, NETTO e ROSENVALD, 2015, p. 468).

Insta salientar que nenhuma teoria está isenta de críticas. O importante, todavia, é que o julgador deve possuir argumentação coerente e avaliação minuciosa das condições necessárias para a imputação da responsabilidade civil. Nesse sentido, Rui Stoco:

“Impõe-se finalizar com a advertência no sentido de que nenhuma das teorias surgidas ou preconizadas pela doutrina está infensa a críticas.

Todas, sem exceção, apresentam inconsistências e dificuldades para a solução da questão apresentada para a resolução do caso concreto. Caberá ao julgador analisar os fatos e sopesar as causas, acolhendo a preponderante para a hipótese, sempre levando em consideração aquelas que rompem o nexo etiológico entre a conduta do agente e

¹⁹ “Art. 403. Ainda que a inexecução resulte de dolo do devedor, as perdas e danos só incluem os prejuízos efetivos e os lucros cessantes por efeito dela direto e imediato, sem prejuízo do disposto na lei processual.” Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm. Acesso em: 01/10/2016.

o resultado, quais sejam: a) culpa exclusiva da vítima. b) fato de terceiro; c) caso fortuito; d) força maior.” (STOCO, 2014, p. 231).

A estrutura interna do nexo causal é de suma importância para o estudo das excludentes de responsabilidade civil, tema que será abordado no tópico a seguir.

2.2. Excludentes da Responsabilidade Civil Objetiva do Estado

A responsabilidade de natureza objetiva do Estado não admite excludentes de ilicitude e, tampouco, excludentes de culpabilidade, porquanto, conforme delineado no tópico anterior, não há diferenciação acerca da legalidade ou não do ato, bem como consideração do aspecto psicológico, para fins da responsabilização estatal nesse tipo.

Entende-se que a responsabilidade civil do tipo subjetiva admite a excludente de culpabilidade, uma vez que, demonstrado que o Estado agiu em conformidade com a conduta esperada (ausência de culpa em sentido amplo: imprudência, negligência, imperícia e dolo), a responsabilidade civil não estaria configurada.

Acerca do dano, basta configurar a sua existência ou não, considerando, apenas no caso dos atos lícitos da Administração, que o dano sofrido pelo particular deu-se de forma específica e anormal.

Assim, passadas as considerações acerca dos elementos da *conduta* e do *dano*, percebe-se que o ponto fulcral no tocante às excludentes de responsabilidade civil do Estado de natureza objetiva está no *nexo de causalidade* entre a conduta e o dano.

A saber, há quatro hipóteses que constituem excludentes de causalidade, e, portanto, elidem a responsabilidade civil do Estado. São elas: *fato exclusivo da vítima*, *fato de terceiro*, *caso fortuito* e *força maior*.

Inicialmente, importante destacar que a terminologia *fato exclusivo da vítima* é mais adequada que a expressão comumente encontrada na doutrina: *culpa exclusiva da vítima*. Isso porque a questão se desloca para o terreno do *nexo causal*, e não da *culpa*, de maneira tal que a expressão *fato exclusivo da vítima* é mais ampla, porquanto desconsidera o elemento subjetivo da vontade (CAVALIERI FILHO, 2014, p. 86).

Na hipótese de *fato da vítima* quem propiciou o efeito danoso foi o próprio lesado, de tal forma que o agente causador do dano o é apenas de forma aparente,

tendo sua responsabilidade elidida pela excludente da conduta da vítima (VALGAS, 2010).

A excludente *fato de terceiro* ocorre quando pessoa diversa da vítima e do aparente causador do dano foi a efetivamente responsável pela conduta danosa. Frise-se que, para o rompimento absoluto do nexo de causalidade, o fato deve ser atribuído de forma exclusiva a este terceiro, sob pena de responsabilização parcial do Estado (VALGAS, 2010).

A respeito do conceito de *terceiro*, bem aponta Sérgio Cavalieri Filho:

“Ademais, o termo *terceiro* deve ser compreendido de forma estrita. O terceiro, pessoa natural ou jurídica, é um estranho ao autor a à vítima – alguém que com eles não mantenha qualquer forma de vínculo ou sofra influência -, mas que culmina por se interpor na relação existente entre eles, sendo seu fato a causa exclusiva do evento.” (CAVALIERI FILHO, 2014 p. 483).

Por fim, as excludentes de *caso fortuito* e *força maior* também elidem a responsabilidade civil do Estado. Costumeiramente, a doutrina enumera duas características básicas que devem revestir essas excludentes: a imprevisibilidade e a inevitabilidade (VALGAS, 2010).

Nelson Rosenthal, por sua vez, considera como atributos das referidas excludentes a externalidade (enquanto fato externo à conduta do agente) e a inevitabilidade do evento danoso (FARIAS, NETTO e ROSENVALD, 2015, p. 473).

Já Sérgio Cavalieri Filho admite que o *caso fortuito* refere-se a um evento imprevisível e, portanto, inevitável. Já a *força maior*, ainda que previsível, é inevitável, por constituir fato superior às forças do agente, configurando uma irresistibilidade, motivo pelo qual é comumente associado a forças da natureza. (CAVALIERI FILHO, 2014, p. 88-89)

Em que pese a densidade da discussão, o que importa para efeitos práticos é que ambos configuram excludentes responsabilidade civil do Estado, na medida em que rompem o nexo de causalidade, impedindo a imputação do evento danoso à conduta Estatal.

Com esses conceitos bem delineados, resta examinar a aplicabilidade das Teorias do Risco no texto constitucional vigente, quais sejam a: Teoria do Risco Administrativo e a Teoria do Risco Integral.

As noções de nexo de causalidade e das respectivas excludentes acima tratadas serão de suma importância nesse momento, uma vez que a diferença básica entre as referidas teorias do risco está no fato de que a Teoria do Risco Administrativo admite as excludentes de causalidade, enquanto que a Teoria do Risco Integral rejeita qualquer tipo de excludente.

2.3. A Constituição Federal de 1988 e a Teoria do Risco Administrativo

Retomando as ideias previamente aduzidas, no tocante às disposições do texto constitucional, insta destacar os elementos caracterizadores da responsabilidade civil do Estado conforme o art. 37, § 6º, da Constituição Federal de 1988²⁰:

“Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:

(...)

§ 6º As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa.”

O texto constitucional de 1988 trouxe verdadeiro alargamento conceitual, seja pela inclusão das pessoas jurídicas de direito privado prestadoras de serviço público, seja pelo emprego do termo *agentes públicos*, que amplia a possibilidade de ressarcimento, bastando o causador do dano estar exercendo algum tipo de função pública (FARIAS, NETTO e ROSENVALD, 2015, p. 1017).

Insta salientar que o termo *funcionário*, que constava nas Constituições prévias foi substituído pelo vocábulo *agente*. O termo anterior não era apropriado pois o

²⁰ Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em 01/10/2016.

funcionário, no sentido técnico, corresponde àquele que ocupa cargo público sujeito ao regime estatutário (CAVALIERI FILHO, 2014, p. 296).

Assim, a terminologia mais ampla e adequada é *agente público*, na medida em que abrange tanto os servidores estatutários, quantos os funcionários de fato, temporários, remunerados ou não.

A esse respeito, Sérgio Cavalieri Filho:

“Já então prevalecia o entendimento de ter sido o termo empregado em sentido amplo, para indicar servidor ou agente público, isto é, todo aquele que era incumbido da realização de algum serviço público, em caráter permanente ou transitório. A Constituição atual, por conseguinte, ao utilizar o vocábulo *agente*, deu guarida a esse entendimento doutrinário, deixando claro que a responsabilidade do Estado subsistirá ainda que se trate de ato praticado por servidor contratado, funcionário de fato ou temporário, qualquer que seja a forma de escolha ou investidura. (...)

Incluem-se na qualidade de agente público desde as mais altas autoridades até os mais modestos trabalhadores que atuam pelo aparelho estatal.” (CAVALIERI FILHO, 2014, p. 296).

Expressão relevante que se destaca do texto constitucional é *nessa qualidade*, na medida em que referencia a necessidade de oficialidade da conduta considerada danosa.

Pode-se afirmar que a oficialidade da conduta do agente estará caracterizada: quando este estiver no exercício das funções públicas; quando, ainda que não o esteja, proceda como se estivesse a exercê-la; ou na hipótese de ter o agente se valido da qualidade de agente público para agir (FURTADO, 2013, p. 836).

Sob o sentido do art. 37, § 6º, do texto constitucional, Tarcísio de Vieira Carvalho Neto pondera:

“Tratando do tema, a norma constitucional hodierna encerrou divergências doutrinárias alusivas ao cabimento de responsabilidade objetiva em relação a entidades de direito privado

prestadoras de serviços públicos. O dispositivo anterior (art. 107 da CF/67) só mencionava pessoas jurídicas de direito público. Pela norma atual, o regime aplicável às entidades de direito privado exploradoras de atividade econômica não é o da responsabilidade objetiva. Por exclusão, é a culpa subjetiva, excerto se durante o evento danoso prestarem serviços públicos.

Em lugar de servidor, representante ou funcionário, a terminologia ‘agente’ propõe que a responsabilidade deve alcançar todas as categorias de agentes: políticos, administrativos e particulares em colaboração com o Estado. Independe a justificativa ou o rótulo sob os quais prestam serviço público. Para fins de responsabilidade objetiva do Estado, a Constituição firma que ao causar dano o agente esteja agindo nessa qualidade, no exercício de suas funções. Sem justificativa lógica sair-se-ia da teoria original da irresponsabilidade (‘*The king can do no wrong*’; ‘*Le roi ne peut mal faire*’) para a ideia de responsabilidade plena, total, irrestrita, que decerto muito atrairia a iniquidade” (CARVALHO NETO, 2014, p. 59-60).

Outro aspecto interessante a ser considerado diz respeito à possibilidade de *ação de regresso* contra o agente causador do dano. Insta salientar que, conforme se depreende da leitura do texto constitucional, esse tipo de responsabilidade é subjetiva. Resta claro que o *direito de regresso* é assegurado nos casos de dolo ou culpa do agente responsável pela conduta danosa.

A esse respeito, Yussef Cahali:

“A teor da norma constitucional, o direito de regresso condiciona-se à comprovação de dolo ou culpa do servidor ou agente na verificação do evento danoso; mas seu exercício, à evidência, tem como pressuposto lógico a satisfação da condenação à vítima do prejuízo, seja pela Administração, seja pela empresa responsabilizada perante o autor da ação.

(...)

Assim, enquanto a responsabilidade civil do Estado ou da entidade empregadora é objetiva, a responsabilidade regressiva do servidor

ou agente causador do dano vincula-se à teoria subjetiva da responsabilidade civil, apurando-se a sua culpabilidade segundo os critérios do direito comum, compreendendo o dolo ou culpa stricto sensu.” (CAHALI, 2012, p. 210).

Rodrigo Valgas, citando as ponderações de Maria Paula Dallari Bucci, observa que a adoção da responsabilidade civil objetiva no Brasil não foi acompanhada pelo uso, por parte do Poder Público, do direito de regresso contra o agente que causou o dano (VALGAS, 2010).

Infelizmente, tal descompasso contribui significativamente para a não responsabilização pessoal dos agentes, perpetuando a sensação de impunidade e a continuidade das práticas de condutas prejudiciais aos particulares.

Por outra ótica, as funções preventiva e punitiva da responsabilidade civil não estariam sendo devidamente aplicadas, de maneira que comportamentos inadequados não estariam sendo coibidos de forma adequada.

Por fim, importante destacar que a Constituição vigente adota a Teoria do Risco Administrativo, consolidada no ordenamento jurídico pátrio desde o texto constitucional de 1946 (STOCO, 2014).

Sérgio Cavalieri aponta que:

“Em apertada síntese, a teoria do risco administrativo importa atribuir ao Estado a responsabilidade pelo risco criado pela sua atividade administrativa. Essa teoria, como se vê, surge como expressão concreta do princípio da igualdade dos indivíduos diante dos encargos públicos. É a forma democrática de repartir os ônus e encargos sociais por todos aqueles que são beneficiados pela atividade da Administração Pública. Toda lesão sofrida pelo particular deve ser ressarcida, independentemente de culpa do agente público que a causou. O que se tem que verificar é, apenas, a relação de causalidade entre a ação administrativa e o dano sofrido pelo administrado.” (CAVALIERI FILHO, 2014, p. 287).

Todavia, a adoção dessa teoria não significa que o Estado atue como espécie de segurador universal, uma vez que é justamente na possibilidade de se elidir ou

mitigar a responsabilidade civil do Estado no sistema publicista e objetivista é que a teoria se mostra adequada (VALGAS, 2010).

Isso porque a Teoria do Risco Administrativo admite as excludentes de causalidade delineadas no tópico anterior, adotando o princípio da responsabilidade objetiva temperada ou mitigada (STOCO, 2014, p. 1356).

Já a Teoria do Risco Integral adota a responsabilidade objetiva do Estado de forma integral, não admitindo a incidência de qualquer excludente do nexo de causalidade.

A Teoria do Risco Integral é modalidade extremada da doutrina do risco para justificar o dever de indenizar do Estado mesmo em casos de fato da vítima, fato de terceiro, caso fortuito e força maior (CAVALIERI FILHO, 2014, p. 288).

Assim, todos os riscos, diretos e indiretos, que tenham relação com a atividade de risco, ainda que não lhe sejam próprios, são passíveis de responsabilização e consequente indenização quando materializados em danos (CAVALIERI FILHO, 2014, p. 184).

Devido ao seu elevado rigor, a Teoria do Risco Integral é mencionada apenas de forma excepcional pela Constituição Federal vigente, quando se refere a possibilidade de *dano nuclear*, a teor do disposto no art. 21, XXIII, “d”, abaixo²¹:

“Art. 21. Compete à União:

(...)

XXIII - explorar os serviços e instalações nucleares de qualquer natureza e exercer monopólio estatal sobre a pesquisa, a lavra, o enriquecimento e reprocessamento, a industrialização e o comércio de minérios nucleares e seus derivados, atendidos os seguintes princípios e condições:

(...)

d) a responsabilidade civil por danos nucleares independe da existência de culpa;”

²¹ Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em 03/10/2016.

Dessa forma, conforme expressa redação do texto constitucional, a responsabilidade em caso de danos nucleares é do tipo objetiva, adotando a Teoria do Risco Integral.

Insta salientar que a exploração da atividade nuclear é de elevadíssimo grau de risco, motivo pelo qual a redação constitucional adotou a integralidade da responsabilização pelo dano nessa situação excepcional.

Repise-se que a Teoria do Risco Integral (art. 21, XXIII, “d”, da CF), ao contrário da Teoria do Risco Administrativo (art. 37, § 6º, da CF), não admite qualquer excludente de responsabilidade.

Sobre o referido dispositivo, assevera Sérgio Cavalieri Filho:

“A regra sobre responsabilidade civil está na letra d: ‘A responsabilidade civil por danos nucleares independe da existência de culpa’. Logo, temos na Constituição uma regra especial para a responsabilidade por danos nucleares, pelo que inaplicável a regra do art. 37, § 6º. E assim é porque o constituinte quis estabelecer um regime de responsabilidade mais severo para o dano nuclear em razão do seu altíssimo risco. Lá (art. 37, § 6º), é fundada no risco administrativo, aqui (art. 21, XXIII, d) a responsabilidade por dano nuclear é fundada no risco integral (item 23.5). Uma simples comparação entre os dois textos é suficiente para se chegar a esta conclusão. A responsabilidade pelo risco administrativo exige a relação de causa e efeito entre a atividade estatal e o dano (‘responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros’, diz o texto do art. 37, § 6º), razão pela qual as causas de exclusão do nexo causal afastam a responsabilidade do Estado. Ao disciplinar a responsabilidade por dano nuclear, entretanto, a Constituição não exige nenhuma relação causal; fala simplesmente que a responsabilidade independe de culpa. Ademais, não haveria sentido para uma regra especial se tivéssemos aqui a mesma disciplina geral da responsabilidade civil da Administração” (CAVALIERI FILHO, 2014, p. 195-196).

Conforme examinado acima, o texto constitucional adotou expressamente a Teoria do Risco Integral nos casos de danos nucleares, apenas. A jurisprudência,

contudo, entende aplicável a mesma teoria em outros casos, como em danos ambientais, mediante interpretação combinada do art. 225, § 3º, da Constituição Federal e do art. 14, § 1º, da Lei nº 6.938/81²² (CAVALIERI FILHO, 2014, p. 194).

No entanto, o foco de análise é a Teoria do Risco Administrativo e sua consolidação na jurisprudência nacional nos casos de morte de detento nos estabelecimentos prisionais.

Caminho este que se pretende avaliar no capítulo seguinte, mediante exame dos principais julgados do Supremo Tribunal Federal acerca do tema. Assim, maiores considerações acerca da Teoria do Risco Integral também não serão objeto do presente estudo.

3. Julgados do Supremo Tribunal Federal

3.1. A importância da jurisprudência na temática da Responsabilidade Civil do Estado.

A temática da responsabilidade civil no ordenamento jurídico brasileiro possui forte componente jurisprudencial. Os conceitos, as teorias aplicadas, os elementos caracterizadores e suas respectivas excludentes, já estudados nos capítulos anteriores, possuem amplo espectro interpretativo partindo-se da análise dos casos concretos.

²² “Art. 225. Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações.

(...)

§ 3º As condutas e atividades consideradas lesivas ao meio ambiente sujeitarão os infratores, pessoas físicas ou jurídicas, a sanções penais e administrativas, independentemente da obrigação de reparar os danos causados.”

Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 03/10/2016.

“Art 14 - Sem prejuízo das penalidades definidas pela legislação federal, estadual e municipal, o não cumprimento das medidas necessárias à preservação ou correção dos inconvenientes e danos causados pela degradação da qualidade ambiental sujeitará os transgressores:

(...)

1º - Sem obstar a aplicação das penalidades previstas neste artigo, é o poluidor obrigado, independentemente da existência de culpa, a indenizar ou reparar os danos causados ao meio ambiente e a terceiros, afetados por sua atividade. O Ministério Público da União e dos Estados terá legitimidade para propor ação de responsabilidade civil e criminal, por danos causados ao meio ambiente.”

Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6938.htm. Acesso em 03/10/2016.

As situações que envolvem o risco, como já demonstrado, são inerentes à própria atividade humana, de maneira tal que os danos decorrentes dessas atividades também se dão das mais variadas formas.

É nesse contexto que a jurisprudência, amparada pelas construções doutrinárias, e também as influenciando, assume papel fundamental na resolução de questões tão dinâmicas que envolvem a responsabilidade civil.

Assim, tem-se que a atividade do julgador é de suma importância para o desenvolvimento de soluções e respostas cabíveis, em virtude da ampla elasticidade dos conceitos aplicáveis à temática da responsabilidade civil. A esse respeito, bem aponta Nelson Rosenvald:

“A responsabilidade civil traz consigo uma flexibilidade orgânica, isto é, ela trabalha com conceitos abertos, cláusulas gerais, conceitos jurídicos indeterminados (o juiz, para decidir um caso de responsabilidade civil, deve apreciar se houve ou não um dano; se o dano é relevante; se há nexo causal entre o dano e a ação ou omissão; e, em caso afirmativo, de quanto deve ser a indenização). (...)

No Brasil, a jurisprudência adquiriu, nas últimas décadas, importância notável. Nós, cujo direito remonta ao *civil law*, à tradição romano-germânica, sempre estivemos mais afeitos à lei e aos esquemas conceituais doutrinários do que propriamente à jurisprudência e seu apreço pelos casos concretos. Essa tradição, porém, aos poucos foi se transformando, e hoje se pode dizer, sem medo de errar, que é imensa a influência da jurisprudência no direito brasileiro, inclusive no que convencionamos chamar de doutrina.” (FARIAS, NETTO e ROSENVALD, 2015, p. 1012-1013).

No presente capítulo, propõe-se expor a evolução da responsabilidade civil do Estado sob o enfoque das Teorias Publicistas, mediante análise de alguns julgados relevantes do Supremo Tribunal Federal.

A seguir, encaminhando-se para a tese firmada em sede de repercussão geral objeto do estudo, serão colacionados acórdãos que orientaram a jurisprudência no

sentido de consignar a responsabilidade civil objetiva do Estado em caso de morte de detento nos estabelecimentos prisionais.

Por fim, preparado o terreno para o assunto do último capítulo, o RE-RG nº 841.526 será objeto de avaliação.

3.2. Julgados relevantes para o desenvolvimento das Teorias Publicistas

Insta salientar que, por uma questão didática, as teorias civilistas não serão avaliadas no presente tópico. Isso porque o foco do estudo será a consolidação da teoria objetiva da responsabilidade civil, enquanto teoria de índole publicista.

Assim, apenas para relembrar alguns aspectos já tratados nos capítulos anteriores, faz-se necessário trazer ao debate alguns acórdãos relevantes para o desenvolvimento das Teorias Publicistas.

Nesse sentido, a demarcação temporal, no presente tópico, será dada a partir da Constituição Federal de 1946, que adotou expressamente a Teoria Objetiva da Responsabilidade Civil do Estado²³.

A transcrição das ementas dos acórdãos será apenas para facilitar a visualização das teorias previamente explicitadas, e aspectos relevantes dos respectivos relatórios e votos serão oportunamente ponderados. Dessa forma, pretende-se evitar que a análise dos julgados paute-se exclusivamente pela ementa destes.

O primeiro acórdão a ser analisado, a título de exemplificação, será o da Apelação Cível nº 8041, de Relatoria do Ministro José Linhares, cuja ementa abaixo se transcreve:

²³ O art. 194 da Constituição de Federal de 1946 consignou, pela primeira vez, a responsabilidade objetiva do Estado. Importante salientar que o elemento da culpa, previsto no parágrafo único, é considerado apenas quando da necessidade de ação de regresso contra o agente público, que responde de subjetiva.

“Art 194 - As pessoas jurídicas de direito público interno são civilmente responsáveis pelos danos que os seus funcionários, nessa qualidade, causem a terceiros.

Parágrafo único - Caber-lhes-á ação regressiva contra os funcionários causadores do dano, quando tiver havido culpa destes.”

Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao46.htm. Acesso em 30 de outubro de 2016.

“Responsabilidade do Estado por atos de seus prepostos. Inteligência e aplicação dos arts. 15 e 159 do Código Civil. A imprudência do agente dando lugar a explosão de material bélico depositado em lugar proibido pelas posturas municipais - Justifica a reparação civil. Sentença confirmada.” (ACi nº 8041, Relator Ministro José Linhares, julgamento em 08/06/1948, Coletânea de Acórdãos nº 939 p. 1).

Embora tenha sido julgado em 1948, já sob a égide da Constituição de 1946, percebe-se que o recurso está totalmente fundamentado nos conceitos próprios das teorias civilistas.

No caso em questão, havia pedido de indenização de particulares em face de ato de oficiais militares do Estado que, em 1930, instalaram munições de guerra, armamentos e explosivos em um estabelecimento particular requisitado para tal fim.

Alguns meses depois, o material de guerra depositado pelos oficiais do Exército Nacional explodiu, ocasionando a morte de diversas pessoas e danificando vários prédios da vizinhança.

Embora haja menção breve menção aos conceitos da *Teoria da Faute du Service*, o Ministro Relator fundamentou-se, essencialmente, nos conceitos de *culpa*, fundamentando-se no Código Civil. Vejamos:

“A ação foi fundada nos arts. 15 e 159 do Código Civil. A responsabilidade do Estado pelos atos de seus representantes não é mais assunto de controvérsia; ao contrário, a jurisprudência em todos os países (*sic*) cultos, tem sempre ampliado o conceito de responsabilidade, porque cabe ao Estado velar pela regularidade dos serviços públicos, e, conseqüentemente, respondendo por todos os resultados do seu mau funcionamento.

(...)

Não se pode negar, antes, é claro e verossímil, que o representante do Estado, no caso, o Capitão Larac de Sá, procedeu negligentemente e imprudentemente dando lugar a um ato danoso suscetível de reparação pelo Estado.” (p. 4-5).

O voto do Ministro Revisor, Orosimbo Nonato, embora mencione a Teoria do Risco Administrativo, utilizando-a como fundamento ainda mais coerente com o texto constitucional da época, acompanha os termos do voto relator. Confira-se:

“Sr. Presidente, V. Ex. aludiu, no seu erudito voto, a tendência do direito moderno, em ampliar a responsabilidade do Estado. E realmente essa ampliação se deu, por influência do Conselho francês e é o que se vê das lições de Barthelemy e outros, que vão procurar a fonte dessa responsabilidade não propriamente nos critérios um pouco estreitos da culpa civil, senão na necessidade de manter o império da justiça, no risco administrativo e em princípios solidaristas, na equitativa distribuição de ônus e cômodos, no consórcio civil.” (p. 6).

Da análise dos trechos dos votos acima destacados, percebe-se a tendência de objetivação da responsabilidade civil do Estado. Contudo, os resquícios dos fundamentos das Teorias Civilistas encontram-se ainda presentes.

Outro acórdão relevante que se impera ressaltar é o RE nº 9.917, de relatoria do Min. Lagoa da Rocha, julgado em 1953 pela Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal, que trata de indenização devida a particulares em caso de funcionamento irregular do serviço público:

“Recurso extraordinário. Casos há em que o poder público é obrigado a ressarcir danos causados a particulares, ainda mesmo inexistindo qualquer ato ilícito, desde que o serviço haja irregularmente funcionado. A responsabilidade do Estado em relação aos particulares não pode ser regida pelos princípios estabelecidos no Código Civil.”

(RE 9917, Relator(a): Min. ROCHA LAGOA, Segunda Turma, julgado em 22/09/1953, DJ 13-01-1955 PP-00438 EMENT VOL-00202-01 PP-00242 ADJ 30-08-1956 PP-01141).

Esse precedente possui vários aspectos de suma importância que merecem ser considerados, sob a ótica da responsabilidade civil. A escolha do referido acórdão se deu pelo fato de que ele possui ampla riqueza de conceitos acerca do tema.

No caso em questão, depreende-se do relatório que dois particulares, proprietários de estabelecimentos comerciais e industriais, buscavam indenização perante o Município de Salvador em virtude de inundação causada por águas pluviais ocasionada pela ruptura da tubulação responsável pela canalização das chuvas no ano de 1939.

Em primeira instância, a sentença determinou que a indenização aos particulares seria devida, ao consignar que o prejuízo aos particulares se deu em virtude de obstrução no encanamento, que causou a rotura do cano e a consequente inundação. Confira-se:

“Tendo a vistoria apurado a existência dos danos e a causa dos mesmos, o problema fundamental que se nos defronta é o de saber se a prefeitura incorreu no particular em omissão, pela qual ficasse obrigada a repará-los.

Não fosse a obstrução do tubo de encanamento, este, de certo, não seria quebrado pelo embate das águas, que, represadas, conseguiram, afinal, vencer a resistência, irromperam do tubo e rolaram pela encosta, vertiginosamente.

O laudo pericial deixou consignado que ‘não foi a quantidade nem a intensidade das chuvas o fator da invasão das águas do prédio em apreço, e sim o acidente sofrido pela canalização’ (fls. 39 a 79).” (p. 4-5).

Já na segunda instância, em sede de divergência após o julgamento da apelação, restou firmado o entendimento de que as chuvas torrenciais teriam sido a causa do evento danoso, de maneira tal que a responsabilidade do Município estaria afastada. Entendeu-se assim, que a imprevisibilidade e a inevitabilidade das chuvas configurariam a excludente de caso fortuito ou força maior.

Insta salientar que toda a argumentação das partes e do Judiciário, até então, tinha por base dispositivos do Código Civil então vigente, em especial o disposto no art. 1.058, parágrafo único, do CC 1916²⁴.

Inconformados com a decisão, os particulares apresentaram recurso extraordinário. Da leitura da ementa, é possível verificar que a Corte demarcou de forma ostensiva que a responsabilidade civil do Estado não pode ser regida pelos princípios estabelecidos no Código Civil. Assim, independentemente de o ato praticado pela Administração ser lícito ou ilícito, a indenização seria devida.

Destaque-se que o referido acórdão também foi proferido sob a égide a Constituição de 46 que, conforme destacado nos capítulos anteriores, já adotava a Teoria Objetiva da Responsabilidade Civil do Estado²⁵.

Dessa forma, verifica-se que as teorias civilistas foram prontamente afastadas no caso em questão, que traz excelentes ponderações acerca das Teorias Publicistas. Confirmam-se, por oportuno, os seguintes trechos do voto:

“Bem definida está, entretanto, a arguida divergência do aresto recorrido com o apontado acórdão do Tribunal de S. Paulo, segundo o qual, casos há em que deve o poder público indenizar os particulares, por causa do serviço, por lesões que lhes ocasionem,

²⁴ O art. 1058 do Código Civil de 1916 dispunha o seguinte:

“Art. 1.058. O devedor não responde pelos prejuízos resultantes de caso fortuito, ou força maior, se expressamente não se houver por eles responsabilizado, exceto nos casos dos art. 955, 956 e 957.

Parágrafo único. O caso fortuito, ou de força maior, verifica-se no fato necessário, cujos efeitos não era possível evitar, ou impedir.”

Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L3071.htm. Acesso em 30 de outubro de 2016.

²⁵ O art. 194 da Constituição de Federal de 1946 consignou, pela primeira vez, a responsabilidade objetiva do Estado. Importante salientar que o elemento da *culpa*, previsto no parágrafo único, é considerado apenas quando da necessidade de ação de regresso contra o agente público, que responde de forma subjetiva.

“Art 194 - As pessoas jurídicas de direito público interno são civilmente responsáveis pelos danos que os seus funcionários, nessa qualidade, causem a terceiros.

Parágrafo único - Caber-lhes-á ação regressiva contra os funcionários causadores do dano, quando tiver havido culpa destes.”

Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao46.htm. Acesso em 30 de outubro de 2016.

mesmo agindo rigorosamente no cumprimento das leis, sem que se possa imputar a seus representantes a prática de um ato ilícito.

É de ser acolhida a tese do acórdão trazido para confronto, por isso que, como foi decidido em França, no julgamento que se notabilizou como l'arrêt Blanco, a responsabilidade do Estado em relação aos particulares não pode ser regida pelos princípios estabelecidos no Código Civil. Firmou-se então o princípio da responsabilidade decorrente de má organização ou de funcionamento defeituoso do serviço público, a que se deu o nome de faute du service public, não se exigindo a ocorrência de culpa por parte do agente administrativo. (...)

Entre nós, ao publicar em 1915, o seu clássico livro – Do Poder Judiciário, §35, Pedro Lessa, tratando da responsabilidade em direito público, manifestava sua predileção pela teoria do risco integral (...)

Também Amaro Cavalcanti doutrinava, em sua excelente monografia – Da responsabilidade civil do Estado, pag. XI, que, assim como a igualdade dos direitos assim também a igualdade dos encargos é hoje fundamental no direito constitucional dos povos civilizados; portanto, dado que um indivíduo seja lesado nos seus direitos, como condição ou necessidade do bem comum, segue-se que os efeitos da lesão ou os encargos de sua reparação, devem ser igualmente repartidos pelo Estado, afim de que por este modo, se restabeleça o equilíbrio da justiça comutativa: Quod omnes tangit ab omnibus debet suportari.

Em face do exposto, conheço do recurso por ambos os fundamentos invocados e dou-lhe provimento para restaurar a sentença de primeira instância.” (p. 12-13).

O posicionamento do ilustre Ministro Relator, embora de grande riqueza de conceitos, merece algumas ponderações críticas. Inicialmente, cabe reiterar que a *Teoria da Faute du Service*, embora seja uma Teoria Publicista, é de natureza subjetiva.

Deve-se concluir, portanto, que ela deveria ter sido utilizada apenas para delinear a construção histórica da responsabilidade civil do Estado, servindo para demarcar a forte oposição às Teorias Civilistas.

Ademais, faz-se necessário tecer algumas considerações acerca dos requisitos da responsabilidade civil: dano, conduta e nexo de causalidade, analisando-os sob o caso concreto.

O elemento do dano restou efetivamente comprovado nos autos. Já sobre a conduta, podemos destacar aspectos referentes à culpabilidade e à ilicitude.

Verifica-se que o caso em comento, por tratar-se de responsabilidade de natureza objetiva, desconsiderou a incidência de eventual excludente de culpabilidade.

Isso porque, conforme exposto nos capítulos anteriores, a responsabilidade objetiva é baseada no risco, e não no critério subjetivo da culpa *lato sensu*. A noção de socialização dos riscos também restou bem explicitada nos trechos do voto acima transcrito.

Da mesma forma, a possibilidade de alegação de excludente de ilicitude também foi rechaçada pelo relator, tendo em vista que o Estado deve responder mesmo em casos de prática atos lícitos, se presentes os demais requisitos necessários à configuração da responsabilidade civil deste.

Por fim, o elemento do nexo causal é o que merece maiores considerações. Percebe-se da leitura do julgado que a principal questão a ser tratada diz respeito à incidência ou não das excludentes de caso fortuito ou força maior.

O ilustre Ministro Relator faz menção também à Teoria do Risco Integral, que não admite a incidência de qualquer excludente de causalidade.

Dessa forma, caso o Relator tenha adotado o Risco Integral, a responsabilidade civil da Prefeitura de Salvador estaria configurada, ainda que se tenha considerado como causa do evento danoso, as fortes chuvas que atingiram a região.

Todavia, importante ressaltar que a Constituição de 46 não adotou essa teoria, mas sim a Teoria do Risco Administrativo, que admite as excludentes de causalidade.

Assim, por uma questão de coerência, forçoso entender que o Ministro Relator, ao restaurar a sentença de primeiro grau, teria adotado o entendimento do laudo técnico pericial: não foram as chuvas que causaram a inundação, e sim a obstrução nos canos sob a responsabilidade da Prefeitura Municipal de Salvador.

Em sentido oposto entendeu o Ministro Hannemann Guimarães, voto vencido, que considerou presente a excludente de causalidade em questão. Vejamos:

“Sr. Presidente, não estou longe de admitir a possibilidade de sujeitar a Fazenda Pública à responsabilidade pelo risco, atribuindo-lhe responsabilidade objetiva, ou pelo menos sujeitar a Fazenda Pública a responder pelos deveres de solidariedade social. No caso, entretanto, não me parece que ocorra esta possibilidade. (...)

Era necessário que houvesse, pelo menos, deficiência do serviço, e o Tribunal da Bahia não reconheceu que tivesse ocorrido, na hipótese, tal deficiência. O que o acórdão apontado como divergente, do Tribunal do Estado de São Paulo, afirmou é que a responsabilidade do Estado não se funda apenas pela culpa dos prepostos, dos funcionários do Estado, nos termos do art. 15 do Código Civil. O Tribunal da Bahia não divergiu dessa jurisprudência. Afirmou, pelo contrário, que não só serviço não era deficiente, mas também não pudera ser evitada a consequência do fato necessário, que foi a chuva torrencial, tempestuosa, de que resultou enxurrada imprevisível e inevitável.” (p. 15-16).

Posteriormente, em 1956, a tese firmada pela Segunda Turma foi referendada pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal, confirmando a orientação jurisprudencial no sentido de consignar a responsabilidade civil do Estado como de natureza objetiva.

Esses acórdãos foram brevemente colacionados para verificar e salientar o estudo das teorias e dos conceitos de responsabilidade civil previamente delineados. É uma proposta didática de forma a verificar como os conceitos tratados são aplicados na jurisprudência.

Os dois acórdãos estudados foram escolhidos após minuciosa análise de forma a repisar o conteúdo delimitado nos capítulos anteriores, sopesando-se os conceitos e com críticas, também ao conteúdo das decisões.

Repise-se que, em termos de responsabilidade civil, é muito importante que haja a congruência entre as teorias adotadas como fundamento e o resultado almejado, de maneira tal que se construa uma argumentação consistente.

Observa-se que há algumas incongruências entre o conteúdo do dispositivo legal e os fundamentos utilizados pelos relatores em suas decisões. Esse aspecto também será igualmente observado nos demais julgados a serem analisados.

Essa é a ideia geral do presente capítulo. A ideia central é passar do estudo geral da jurisprudência, tratada nesse tópico, para o específico, que será abordado no tópico a seguir.

Há vários outros acórdãos anteriores à Constituição de 46, e também posteriores, mas, por uma questão de estratégia de exposição e delimitação temática, estes não serão aqui abordados.

Como a proposta é avaliar a jurisprudência, não poder-se-ia deixar de lado esse aspecto geral que foi retratado no tópico. Passemos agora ao estudo específico da jurisprudência sobre responsabilidade civil do Estado por morte de detento nos estabelecimentos prisionais.

Essa questão, por constituir tema da repercussão geral, e, obviamente, pela delimitação do assunto, possui jurisprudência mais restrita de maneira tal que se pretende avaliar um número maior de julgados sobre o assunto.

3.3. A jurisprudência da Corte Constitucional sobre Responsabilidade Civil do Estado por morte de detento nos estabelecimentos prisionais

No último tópico do presente capítulo, pretende-se demonstrar como se deu a evolução da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal acerca da responsabilidade civil do Estado por morte de detento nos estabelecimentos prisionais.

Seguindo a linha do exposto no tópico anterior, serão apresentadas as ementas dos julgados considerados relevantes, com comentários e avaliação dos conceitos de responsabilidade civil aplicados.

O primeiro julgado no qual o tema em discussão é tratado pelo Supremo Tribunal Federal data de 1947: o RE nº 6.786, abaixo transcrito:

“Responsabilidade civil do Estado por ato de seus prepostos. Mau funcionário do serviço público dá lugar à responsabilidade desde que não foi assegurada a incolumidade do preso de cadeia pública. Cabimento do recurso e não provimento do mesmo.” (RE nº 6786,

No caso em questão, uma particular entrou com ação de indenização contra o Estado de Minas Gerais pelo fato de seu marido, que havia disparado arma de fogo contra um outro habitante do povoado de Conceição, no Distrito de Rubim, ter sido assassinado em cadeia pública.

A viúva fundamentou o pedido na negligência dos prepostos do Estado, com culpa manifesta, na forma do art. 15 do CC de 16, em virtude de que o delegado e o subdelegado, bem como os policiais carcerários, nada fizeram para impedir o assassinato do preso.

Alegou-se, ainda, o notório desejo de vingança do outro particular por ele agredido, bem como a negligência do responsável ao não proceder a transferência do preso, ou mesmo a apuração de seu assassinato por inquérito policial.

Em primeiro grau e em sede de apelação, deu-se razão aos argumentos da particular. O Estado de Minas Gerais recorreu para o Supremo Tribunal Federal, que negou provimento ao recurso nos seguintes termos do voto do Relator, Ministro José Linhares:

“Não se discute mais hoje em dia a responsabilidade do Estado pelos atos de seus agentes. Alarga-se cada vez mais o âmbito daquela responsabilidade, sendo a jurisprudência em geral no sentido de atribuir-se a ele a responsabilidade em tal caso, em face mesmo de investir-se o Estado do monopólio dos serviços públicos, e, por isto, devem arcar com todas as consequências resultantes do seu mau funcionamento. (...) Resulta a responsabilidade do mau funcionamento do serviço, desde que o fato do agente esteja ligado ao serviço, de modo que só se poderia dar em razão de negligência, causa, ou inobservância da lei no funcionamento do serviço – Ora, não se contesta antes é aceito mesmo pelo Estado – que o assassinio ocorreu, quando a vítima estava preza (*sic*) na cadeia pública, e na ocasião que os soldados da guarda estavam afastados do local, de modo que foi fácil aos assassinos ou assassino o acesso para desfechar tiros de arma de fogo de modo a produzir a morte. Ao

Estado, por intermédio de seus agentes, cumpria prestar toda assistência, de modo a assegurar a sua incolumidade quanto mais se fazia necessária quanto se sabia que era intenção tirar-se uma desforra.” (p. 5-6).

Já no voto do Ministro Orosimbo Nonato observa-se notável demarcação pela inaplicabilidade da Teoria Civilista da Culpa, embora tenham os relatores, ao final, reformar a sentença utilizando-se dos artigos do Código Civil. Destaca-se o seguinte trecho do relato, que elucida o afastamento da noção civilista:

“Sr. Presidente, no caso dos autos, qualquer que fosse o critério que se tomasse para aferir a responsabilidade do Estado, ela existiria. Ainda à luz da noção civilista da culpa subjetiva, porque o dever de vigilância foi, à evidência, descumprido.” (p. 7)

Aspecto relevante que há de ser considerado, é que, embora proferido em 1947, já sob a vigência da Constituição de 1946, o acórdão ainda baseou-se no código civil.

Embora já se fale na tendência de o Estado abranger maior responsabilidade, como reflexo de uma orientação da teoria objetiva da responsabilidade civil, percebe-se também a influência da Teoria Civilista, baseada na ideia de *culpa*.

Outro julgado que merece destaque é o RE nº 81.602, da Primeira Turma, de relatoria do Min. Bilac Pinto, cuja ementa se transcreve abaixo:

“- RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO. ATO OMISSIVO. DETENTO MORTO POR COMPANHEIRO DE CELA. NOTÓRIA PERICULOSIDADE DO ASSASSINO. CULPA PROVADA DOS AGENTES ADMINISTRATIVOS, POR OMISSÃO CONCORRENTE PARA A CONSUMAÇÃO DO EVENTO DANOSO. RECURSO EXTRAORDINÁRIO DO ESTADO NÃO CONHECIDO.”

(RE 81602, Relator(a): Min. BILAC PINTO, Primeira Turma, julgado em 05/12/1975, DJ 07-05-1976 PP-03123 EMENT VOL-01021-02 PP-00336 RTJ VOL-00077-02 PP-00601)

Neste caso, o Estado de Minas Gerais também recorreu após condenado a indenizar a família de um detento que foi assassinado por outro colega de cela, de notória periculosidade, segundo o relatório.

O fundamento para a responsabilização do Estado de Minas foi a culpa dos agentes administrativos, na forma do art. 15 do Código Civil a época vigente. O Ministro Relator não conheceu do recurso, mantendo-se os fundamentos da 1ª instância abaixo destacados:

“No entanto pelas suas peculiaridades, a espécie foi solvida à luz da provada culpa da administração Segundo disserta a sentença, essa culpa residiu no fato de os responsáveis pela penitenciária terem colocado a vítima na mesma cela em que se achava o perigoso detento que veio a assassiná-la.

Descobre-se a notória periculosidade daquele detento, em grau que até recomendava a sua transferência para estabelecimento de maior vigilância. E, no assim conceituar a culpa dos agentes administrativos, por omissão concorrente para a consumação do evento danoso, o julgado buscou sustento no art. 15 do Código Civil, apropriado à sanção da responsabilidade do Estado, quando seus prepostos hajam com falta ao dever legal, hipótese típica das omissões de que resultem danos a terceiro.” (p. 6-7).

Outro caso de detento morto por companheiro de cela, seguindo uma a ordem cronológica de julgados, é o RE nº 8.470. Confira-se, por oportuno, a ementa do julgado:

“RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO. ATO OMISSIVO. DETENTO MORTO POR COMPANHEIRO DE CELA. A TEORIA HOJE DOMINANTE E A QUE BASEIA A RESPONSABILIDADE DO ESTADO, OBJETIVAMENTE, NO MAU FUNCIONAMENTO DO SERVIÇO, INDEPENDENTEMENTE DA CULPA DO AGENTE ADMINISTRATIVO. CULPA PROVADA DOS AGENTES DA ADMINISTRAÇÃO POR OMISSÃO CONCORRENTE PARA A

CONSUMAÇÃO DO EVENTO DANOSO. RECURSO EXTRAORDINÁRIO DO ESTADO NÃO CONHECIDO.”

(RE 84072, Relator(a): Min. CUNHA PEIXOTO, Primeira Turma, julgado em 19/11/1976, DJ 13-05-1977 PP-03089 EMENT VOL-01058-02 PP-00550 RTJ VOL-00085-03 PP-00923)

No caso em apreço, o detento foi assassinado por outros quatro companheiros de cela na Delegacia de Furtos de Salvador. Em primeira e segunda instâncias, entendeu-se ser devida a indenização à família da vítima.

Em grau de recurso extraordinário, o Estado da Bahia alegou a ausência de culpa no assassinato, uma vez que a vítima que teria provocado a briga com os demais detentos, o que lhe causou a sua morte.

O Min. Relator Cunha Peixoto mantém o entendimento do Tribunal *a quo*, por entender tratar-se de hipótese de responsabilidade objetiva, inclusive citando a evolução constitucional ocorrida no Brasil.

Todavia, percebe-se certa incongruência teórica no seu voto, uma vez que o fundamento se dá nos pressupostos da *Teoria da Faute du Service*. Confira-se:

“2- A teoria hoje dominante é a que baseia a responsabilidade da administração, objetivamente, no mau funcionamento de seu serviço, independentemente da culpa de seus agentes. Ensina-nos Paul Duez:

‘Pour qu’apparaisse la faute du service public, il a’est pas nécessaire que de fonctionnaires norrément désigné solent spécialement en faute; il suffit de relever un mauvais agencement general, anonyme, une mauvaise tenue du service, auquel le damage peut être imputable’ (La Responsabilité de la Buissage Publique, pág. 12).²⁶

(...)

3 – A Constituição de 1946 (art. 194) consagrou a responsabilidade civil do Estado com fundamento na teoria objetiva, fazendo-a resultar da causalidade do ato e não da culpabilidade do Agente.

²⁶ Para a falha do serviço público, não é necessário especialmente que os funcionários incorram em culpa; basta observar um mal funcionamento geral, anônimo. Um registro pobre de serviço, ao qual o dano pode ser atribuído. (Tradução da autora)

Este princípio foi seguido pela Constituição de 1967 (art. 105) e reproduzido na Emenda Constitucional nº 1/69.” (p. 5-7).

Observa-se, assim, algumas incongruências teóricas na fundamentação do voto. Isso porque, embora seja uma teoria publicista, em clara oposição aos preceitos civilistas, a *Teoria da Faute du Service* é teoria de índole subjetiva. Todavia, ressalte-se que é possível avaliar a evolução da argumentação no sentido de firmar, aos poucos, o entendimento da repercussão geral.

Outro julgado relevante para o desenvolvimento do estudo é o RE nº 12.1130, de relatoria do Min. Francisco Rezek. Esse caso específico trata do suicídio de um detento dentro do estabelecimento prisional, após sua prisão por embriaguez. Vejamos:

“EMENTA: RECURSO EXTRAORDINÁRIO. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO. DETENTO QUE PRATICA SUICÍDIO DEPOIS DE SER PRESO POR EMBRIAGUEZ. INOCORRÊNCIA DE RESPONSABILIDADE DO ESTADO. A só ocorrência do evento danoso não importa necessariamente na obrigação de indenizar, se inexistente relação de causa e efeito entre a prisão do suicida e sua morte. Recurso extraordinário não conhecido.”

(RE 121130, Relator(a): Min. FRANCISCO REZEK, Segunda Turma, julgado em 14/05/1996, DJ 09-05-1997 PP-18139 EMENT VOL-01868-03 PP-00606 RTJ VOL-00163-01 PP-00321)

Trata-se de recurso extraordinário do Ministério Público Estadual em face do Estado de São Paulo, com o objetivo de reformar o acórdão que confirmou a sentença para elidir a responsabilidade civil do Estado no caso em questão, por culpa exclusiva da vítima.

A tese do Ministério Público está no fato de que a prisão do detento se deu de forma ilegal, de maneira tal que o resultado morte teria se dado por um ato ilegal e comissivo do poder público (p. 6).

No presente caso, o relator orientou-se no sentido de confirmar o acórdão, considerando presente a excludente de culpa exclusiva da vítima. Confira-se, por oportuno, o seguinte trecho do voto:

“Não se lançou dúvida sobre o auto-extermínio. Não se suspeitou de que a polícia daquela cidade pacata de algum modo houvesse maltratado aquele a quem periodicamente recolhia por embriaguez. A ilegalidade da prisão, como asseverou o Tribunal de Justiça, é uma tese no mínimo discutível, porque se é certo que não havia uma ordem escrita de autoridade judiciária, não menos certo é que a embriaguez pública com manifestações de incontinência, como a própria família a inicial reconhece, é causa de detenção em flagrante, ainda que tendente a cessar com a volta da sobriedade. Em cela absolutamente segura, onde o extinto não foi posto ao lado de qualquer pessoa que representasse perigo para sua integridade, (como acontecera nos precedentes em que essa corte deu guarida à postulação familiar), o que aconteceu foi um infortúnio, por conta do qual não é justo, não é de bom direito, entender-se que o Estado deve, segundo a teoria da responsabilidade objetiva e pelo só feito de encontrar-se detido o suicida em instalações de domínio público, ressarcir a família.” (p. 14-15).

No mesmo sentido, o voto-vista do Min. Carlos Velloso:

“Em suma, a responsabilidade civil do Estado, responsabilidade objetiva, com base no risco administrativo, que admite pesquisa e torno da culpa do particular, para o fim de abrandar ou mesmo excluir a responsabilidade estatal, ocorre, em síntese, diante dos requisitos: a) do dano; b) da ação administrativa; c) e desde que haja nexo causal entre o dano e a ação administrativa.

No caso, a vítima fora detida, porque, ‘em estado de embriaguês’, ‘promovia desordens na via pública’. A prisão, segundo está no acórdão recorrido, ‘foi efetuada em benefício

da própria vítima, que, naquele estado lamentável, estava brigando com um tal de ‘Bicão’, segundo disse sua viúva (fls. 97 v.), e naturalmente poderia machucar-se ou até encontrar a morte.

(...)

O suicídio ocorreu. Mas, pergunta-se, a morte, por suicídio, deveu-se à ação estatal, vale dizer, o ato da vítima, matando-se, ocorreu em razão da prisão? É dizer: está comprovado, nos autos, o nexo causal entre o dano e a ação administrativa?

(...)

No caso, o evento decorreu apenas do ato da vítima, convindo registra que fora esta posta em cela segura, sozinho, vale dizer, não foi posto na companhia de marginais ou indivíduos perigosos.” (p. 20-21).

Inicialmente, importante destacar que há, no caso concreto, a questão acerca da ilegalidade da prisão da vítima que se encontrava embriagada. Assim, insta salientar que, caso a prisão fosse considerada como ato ilícito e como causa da morte, conforme pretendia o Ministério Público Estadual, o Estado de São Paulo poderia ser responsabilizado.

Não cabe aqui adentrar no mérito de questões formais acerca de eventual ilegalidade da prisão, tais como a ausência de ordem escrita por autoridade judicial competente ou o auto de flagrante.

O importante é destacar que restou configurado que não havia nexo de causalidade entre a conduta dos agentes públicos e o evento danoso. Referida tese está bem delineada nos trechos do voto-vista acima transcrito, de maneira tal que houve o afastamento do nexo de causalidade por culpa exclusiva da vítima.

O Tribunal de origem salientou que a vítima foi colocada sozinha em uma cela, *“dela retirando tudo o que pudesse ser usado na prática de um ato tresloucado; e é inexigível que fosse colocado um funcionário à sua disposição para vigiá-lo a noite inteira.”* (p. 4).

Este ponto acerca das eventuais precauções que devem ser tomadas pelo Estado, principalmente no tocante a casos de suicídio dentro dos estabelecimentos

prisionais, será posteriormente retomado quando da análise da tese da repercussão geral.

É perceptível a orientação cronológica dos acórdãos até então colacionados no sentido de consignar a responsabilidade civil do Estado por morte de detento como de natureza objetiva. Todavia, também é possível verificar a presença de algumas incongruências teóricas no tocante à fundamentação das teorias aplicáveis aos casos concretos.

É o caso, por exemplo, do RE nº 372.472, de relatoria do Min. Carlos Velloso, proferido em 2003, abaixo:

“EMENTA: CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. CIVIL. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO. ATO OMISSIVO DO PODER PÚBLICO: DETENTO MORTO POR OUTRO PRESO. RESPONSABILIDADE SUBJETIVA: CULPA PUBLICIZADA: FALTA DO SERVIÇO. C.F., art. 37, § 6º. I. - Tratando-se de ato omissivo do poder público, a responsabilidade civil por esse ato é subjetiva, pelo que exige dolo ou culpa, em sentido estrito, está numa de suas três vertentes -- a negligência, a imperícia ou a imprudência --, não sendo, entretanto, necessário individualizá-la, dado que pode ser atribuída ao serviço público, de forma genérica, a falta do serviço. II. - A falta do serviço -- *faute du service* dos franceses -- não dispensa o requisito da causalidade, vale dizer, do nexo de causalidade entre a ação omissiva atribuída ao poder público e o dano causado a terceiro. III. - Detento assassinado por outro preso: responsabilidade civil do Estado: ocorrência da falta do serviço, com a culpa genérica do serviço público, dado que o Estado deve zelar pela integridade física do preso. IV. - R.E. conhecido e não provido.”

(RE 372472, Relator(a): Min. CARLOS VELLOSO, Segunda Turma, julgado em 04/11/2003, DJ 28-11-2003 PP-00033 EMENT VOL-02134-05 PP-00929)

No referido precedente, a vítima foi assassinada pelo companheiro de carceragem, tendo sido o Estado do Mato Grosso condenado a indenizar os familiares do detento falecido pela sentença, confirmada pelo Tribunal *a quo*.

Em sede de recurso extraordinário, o Estado de Mato Grosso alegou a culpa exclusiva da vítima como excludente de causalidade, uma vez que “*a administração do presídio se encarregou anteriormente de afastar os dois detentos, mas, ‘mesmo diante da advertência e providências da administração, o falecido permaneceu em seu estado de beligerância e contenda com o presidiário que veio a assassiná-lo.’*” (p. 9).

As contradições terminológicas e técnicas presentes no voto do relator, com a devida vênia, são marcantes no precedente acima referido. O fundamento legal está no art. 37, § 6º, da Constituição Federal vigente, enquanto que os fundamentos teóricos tomam por base os conceitos da *Faute du Service Public* dos franceses.

Conforme exposto anteriormente, a responsabilidade civil do Estado em casos de omissão é ponto de controvérsia entre a doutrina e a jurisprudência pátrias. Em linhas gerais, em se tratando de uma omissão geral por parte da Administração Pública, a responsabilidade seria do tipo subjetiva, enquanto que em casos de omissões específicas, aplicar-se-ia a teoria objetiva.

Essa questão da especificidade da omissão estatal será retomada quando da análise do paradigma da repercussão geral, no próximo capítulo.

O que é relevante, no presente momento, é verificar que há grande incongruência no tocante a fundamentar-se na *Teoria da Faute du Service* e no dispositivo constitucional em questão.

Nesse sentido, confirmam-se os seguintes trechos do voto do relator:

“Tem-se, na hipótese, ato omissivo do poder público. Neste caso, conforme mencionamos, a responsabilidade civil do Estado exige culpa, em sentido largo, não sendo, entretanto, necessário individualizá-la, dado que pode ser atribuída ao serviço público, de forma genérica, a falta do serviço.

É o que ocorre na espécie em que o Estado tinha o dever de zelar pela integridade física do preso. Encontrando-se o preso sob a guarda do Estado, deve este cuidar de protegê-lo contra agressões, que de agentes do Estado, quer de companheiros de prisão. ” (p. 16).

A responsabilidade civil do Estado pela *faute* é de índole subjetiva, de maneira tal que o Relator não se poderia amparar no art. 37, § 6º, da CF de 1988, que consolida a responsabilidade civil objetiva do Estado.

Insta salientar que o acórdão foi proferido em 2003, sendo que o texto constitucional já consolidava a responsabilidade objetiva do Estado desde a sua versão de 1946.

Assim, em que pese o relator ter acertado quanto à natureza subjetiva da *Teoria da Faute*, o dispositivo legal utilizado não é compatível com essa noção. Forçoso seria concluir, em uma leitura interpretativa do art. 37, § 6º, em questão, que o Relator teria considerado que a responsabilidade objetiva do Estado só poderia se dar em atos comissivos.

Com a devida vênia, o referido entendimento não se mostra como o mais adequado, em virtude da clareza do texto constitucional. Ademais, como previamente destacado, a questão da natureza da responsabilidade civil por omissão está longe de atingir consenso na doutrina e jurisprudência pátrias.

Não é a pretensão deste estudo esgotar todas as possibilidades e teorias aplicáveis a essa discussão.

Dessa forma, dar-se-á continuidade à análise jurisprudencial, sempre com o objetivo de avaliar a construção da responsabilidade civil objetiva do Estado, firmada em tese da repercussão geral.

Retomando-se o contexto, outro ponto que será objeto de discussão refere-se ao dever específico de proteção previsto no art. 5º, XLX, da Constituição Federal. Confira-se:

“Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

(...)

XLIX - é assegurado aos presos o respeito à integridade física e moral;”.

Um precedente que merece maiores considerações a esse respeito é o RE nº 27.2839, de relatoria do Ministro Gilmar Mendes. Nesse julgado há o destaque para a necessária observância do dever constitucional de guarda por parte do Estado. Confira-se a ementa:

“EMENTA: Recurso extraordinário. 2. Morte de detento por colegas de carceragem. Indenização por danos morais e materiais. 3. Detento sob a custódia do Estado. Responsabilidade objetiva. 4. Teoria do Risco Administrativo. Configuração do nexo de causalidade em função do dever constitucional de guarda (art. 5º, XLX). Responsabilidade de reparar o dano que prevalece ainda que demonstrada a ausência de culpa dos agentes públicos. 5. Recurso extraordinário a que se nega provimento”

(RE 272839, Relator(a): Min. GILMAR MENDES, Segunda Turma, julgado em 01/02/2005, DJ 08-04-2005 PP-00038 EMENT VOL-02186-03 PP-00417 RTJ VOL-00194-01 PP-00337 LEXSTF v. 27, n. 317, 2005, p. 236-257 RT v. 94, n. 837, 2005, 129-138)

No caso em questão, a vítima teria sido morta por seus companheiros de cela por ser acusado de ser o delator de um plano de fuga. A viúva da vítima acrescentou que as autoridades policiais responsáveis já sabiam das ameaças que o detento vinha sofrendo.

A sentença concluiu pela inexistência de provas suficientes a caracterizar a responsabilidade civil do Estado de Mato de Grosso. O Tribunal, em grau de apelação, considerou presentes os requisitos para a responsabilidade civil e consequente indenização.

O Estado de Mato Grosso, em recurso extraordinário, alegou ofensa ao art. 37, § 6º, da atual Constituição Federal, em virtude de que a morte do detento teria ocorrido por culpa exclusiva da vítima.

O ilustre Relator, inclusive, cita o precedente anteriormente analisado, o RE nº 372.472, de relatoria do Min. Carlos Velloso, chegando à mesma conclusão quanto à responsabilidade civil do Estado por morte de detento, mas por fundamentos diversos.

Confirmam-se os trechos abaixo:

“De acordo com esse entendimento, diferentemente da responsabilidade subjetiva, cuja indenização decorre de um procedimento culposo ou doloso, a responsabilidade objetiva estaria caracterizada pela relação causal entre a atuação estatal e o dano produzido, correlacionada a uma situação de risco. Nesse caso, somente a ausência de nexo causal poderia eximir o Estado de responder pela lesão produzida.

Ressalte-se que, entre nós, foi a partir da Constituição de 1946 (art. 194) que se possibilitou a responsabilização do Estado pelos danos oriundos de atos lesivos, independentemente da existência de atuação culposa de seus agentes (na Constituição de 1988, art. 37, § 6º).

(...)

Verifica-se que esta Corte adotou ainda a responsabilidade civil objetiva do ente público, considerando o nexo de causalidade entre a ação praticada por terceiro, estranho ao serviço público, e a lesão causada à pessoa que estava sob a custódia do Estado, o qual deveria zela pela sua integridade física.

(...)

Por fim, destaco o julgamento do RE 372.472-RN, Rel. Min. Carlos Velloso, DJ 28.11.2003. Nesse caso, esta Segunda Turma apreciou matéria semelhante ao do presente Recurso Extraordinário com fundamentação relativamente distinta da desenvolvida nos demais precedentes arrolados. Tratava-se de pedido de indenização em razão de assassinato de um preso por outro detento. Na espécie, esta Colenda Corte interpretou que, uma vez configurado o ato omissivo da Administração, a responsabilidade do Estado é subjetiva, caracterizando-se sempre que houver falta do serviço (*faute du service*) e o correspondente nexo causal.

(...)

Na espécie, o detento estava em cumprimento de pena privativa de liberdade, portanto, sob a custódia do Estado.

Trata-se, portanto, da hipótese em que o nexo de causalidade que imputa responsabilidade do Poder Público advém do dever constitucional de guarda, consagrado no art. 5º, XLIX (‘é assegurado aos presos o respeito à integridade física e moral’).

Neste caso, ainda que demonstrada a ausência de culpa dos agentes públicos, prevalece a responsabilidade do Estado pela reparação do dano.” (p. 5-12).

O fundamento jurídico aplicado pelo Ministro Gilmar Mendes está mais de acordo com a tese posteriormente firmada em repercussão geral e é mais técnica em termos de fundamentação teórica e legal.

A fundamentação teórica do Min. Carlos Velloso não possui a incongruência quanto à natureza da responsabilidade civil do Estado pela doutrina da *faute* que vinha sendo até então aplicada, conforme se verifica da análise dos julgados anteriores.

A *Faute du Service* é de natureza subjetiva, e nesse ponto o Min. Velloso é preciso. Todavia, o referido precedente peca pela ausência de fundamentação legal adequada.

Conforme destacado, a responsabilidade objetiva do Estado resta constitucionalmente positivada desde 1946. Nesse sentido, os precedentes acertavam quanto à natureza da responsabilidade, mas se equivocavam no amparo teórico pela *faute*.

Assim, os fundamentos aplicados no julgado acima, de relatoria do Min. Gilmar Mendes, são tecnicamente mais adequados. A tese acerca do dever específico de proteção é mais acertada e congruente com a base legal do ordenamento jurídico pátrio.

Isso porque a teoria da *faute*, enquanto de natureza subjetiva, admite, além das excludentes de causalidade, as excludentes de culpabilidade. A responsabilidade civil baseada objetivamente na teoria do risco administrativo, apenas admite as excludentes de causalidade.

Consideradas a evolução protetiva da responsabilidade civil em prol do necessário amparo à vítima, bem como a supremacia do Poder Público em face dos particulares, entende-se que a natureza objetiva desta é mais adequada aos casos de responsabilidade do Estado por morte de detento nos presídios.

Assim, embora a conclusão dos dois últimos julgados acima contrapostos seja a mesma, repise-se que a fundamentação do Min. Gilmar Mendes é mais assertiva, pelos motivos apresentados.

A partir do ano de 2007, nota-se a utilização do Enunciado da Súmula 279²⁷ do Supremo Tribunal Federal de forma marcante nos casos de responsabilidade civil do Estado²⁸.

O referido enunciado tem a sua razão de existir, mas comumente é utilizado de forma equivocada pela Corte, de maneira que representa um forte aparelho de jurisprudência defensiva.

Dessa forma, infelizmente, por muitas vezes há a confusão entre o reexame de fatos e provas, vedado pela súmula em discussão, e a reavaliação destas, hipótese que é permitida e plenamente possível.

Essa questão formal, quando utilizada de forma inadequada, acaba por prejudicar o debate acerca de questões de mérito de extrema relevância para os casos em concreto.

Em se tratando de responsabilidade civil, principalmente, pode-se observar que o mesmo fato pode ter valorações distintas, a depender da fundamentação aplicada pelo julgador. O que importa, conforme destacado em vários momentos ao longo deste tópico, é a congruência da fundamentação legal e teórica.

A seleção dos precedentes acima colacionados desconsiderou aqueles que não adentraram no mérito da causa, limitando-se a trazer à discussão os acórdãos que contemplam as principais teorias e conceitos de responsabilidade civil do Estado.

Assim, encerra-se o presente capítulo com a pretensão de demonstrar brevemente a evolução jurisprudencial acerca da responsabilidade civil do Estado por morte de detento nos estabelecimentos prisionais.

Adentra-se, agora, na análise da tese firmada em sede de repercussão geral no RE nº 841.526, de relatoria do Ministro Luiz Fux, que será objeto do quarto e último capítulo.

²⁷ “Súmula 279: Para simples reexame de prova não cabe recurso extraordinário.”

Disponível em:

<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumarioSumulas.asp?sumula=2174>. Acesso em 13/11/2016.

²⁸ Apenas a título de conhecimento, destacam-se os seguintes acórdãos que se utilizaram do Enunciado da Súmula 279 do Supremo Tribunal Federal. Na Primeira Turma: RE 458.618 AgR, de relatoria do Min. Ricardo Lewandowski, julgado em 16/05/2006; AI 457.780 AgR, de relatoria da Min. Cármen Lúcia, julgado em 13/12/2006. Na Segunda Turma: RE 466.322 AgR, de relatoria do Min. Eros Grau, julgado em 13/03/2007; ARE 662.563 AgR, de relatoria do Min. Gilmar Mendes, julgado em 20/03/2012.

4. A tese da repercussão geral

4.1. Breve análise do recurso paradigma: RE-RG nº 841.526

O presente e último capítulo do estudo pretende avaliar os principais aspectos retratados pelos ilustríssimos Ministros da Suprema Corte ao firmarem o posicionamento da tese da repercussão geral.

Assim como restou esquematizado no capítulo anterior, tal análise não se limitará ao apontado na ementa, mas também abordará as controvérsias em debate no Plenário, bem outras questões trazidas à tona para a discussão.

Serão tecidas, ainda, algumas considerações críticas acerca da tese final firmada pelo Plenário. Segue, abaixo, a ementa do referido julgado, que destacou a aplicabilidade da Teoria do Risco Administrativo nos casos de morte de detento nos estabelecimentos prisionais:

“EMENTA: RECURSO EXTRAORDINÁRIO. REPERCUSSÃO GERAL. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO POR MORTE DE DETENTO. ARTIGOS 5º, XLIX, E 37, § 6º, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. 1. A responsabilidade civil estatal, segundo a Constituição Federal de 1988, em seu artigo 37, § 6º, subsume-se à teoria do risco administrativo, tanto para as condutas estatais comissivas quanto para as omissivas, posto rejeitada a teoria do risco integral. 2. A omissão do Estado reclama nexo de causalidade em relação ao dano sofrido pela vítima nos casos em que o Poder Público ostenta o dever legal e a efetiva possibilidade de agir para impedir o resultado danoso. 3. É dever do Estado e direito subjetivo do preso que a execução da pena se dê de forma humanizada, garantindo-se os direitos fundamentais do detento, e o de ter preservada a sua incolumidade física e moral (artigo 5º, inciso XLIX, da Constituição Federal). 4. O dever constitucional de proteção ao detento somente se considera violado quando possível a atuação estatal no sentido de garantir os seus direitos fundamentais, pressuposto inafastável para a configuração da responsabilidade civil objetiva estatal, na forma do artigo 37, § 6º, da Constituição

Federal. 5. *Ad impossibilia nemo tenetur*, por isso que nos casos em que não é possível ao Estado agir para evitar a morte do detento (que ocorreria mesmo que o preso estivesse em liberdade), rompe-se o nexo de causalidade, afastando-se a responsabilidade do Poder Público, sob pena de adotar-se *contra legem* e a *opinio doctorum* a teoria do risco integral, ao arrepio do texto constitucional. 6. A morte do detento pode ocorrer por várias causas, como, v. g., homicídio, suicídio, acidente ou morte natural, sendo que nem sempre será possível ao Estado evitá-la, por mais que adote as precauções exigíveis. 7. A responsabilidade civil estatal resta conjurada nas hipóteses em que o Poder Público comprova causa impeditiva da sua atuação protetiva do detento, rompendo o nexo de causalidade da sua omissão com o resultado danoso. 8. Repercussão geral constitucional que assenta a tese de que: em caso de inobservância do seu dever específico de proteção previsto no artigo 5º, inciso XLIX, da Constituição Federal, o Estado é responsável pela morte do detento. 9. *In casu*, o tribunal *a quo* assentou que incorreu a comprovação do suicídio do detento, nem outra causa capaz de romper o nexo de causalidade da sua omissão com o óbito ocorrido, restando escorreita a decisão impositiva de responsabilidade civil estatal. 10. Recurso extraordinário DESPROVIDO.”

(RE 841526, Relator(a): Min. LUIZ FUX, Tribunal Pleno, julgado em 30/03/2016, ACÓRDÃO ELETRÔNICO REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-159 DIVULG 29-07-2016 PUBLIC 01-08-2016)

O caso em apreço trata de recurso extraordinário interposto pelo Estado do Rio Grande do Sul em face de acórdão do Tribunal de Justiça daquele Estado que considerou ser devida a indenização pela morte de detento por asfixia mecânica em estabelecimento penitenciário.

O Tribunal *a quo* considerou aplicável ao caso a Teoria do Risco Administrativo, salientando que havia evidências tanto de homicídio quanto de suicídio. Todavia, entendeu tratar-se de caso de *omissão específica* do Estado, de maneira que o art. 37, § 6º, da CF seria aplicável.

No extraordinário, o Estado do Rio Grande do Sul alegou presente a excludente de causalidade consubstanciada na hipótese de culpa exclusiva da vítima, em virtude dos fortes indícios de suicídio.

Sustentou, ainda, que por se tratar de responsabilidade civil por omissão, o dispositivo constitucional em questão não seria aplicável, vez que tratar-se-ia de hipótese de responsabilidade de natureza subjetiva.

Em seu voto o Min. Luiz Fux salienta que há elevada densidade constitucional da questão jurídica tratada no extraordinário, posto que “*o Estado, apesar de detentor de poderes dotados de imperatividade sobre a esfera de direitos do indivíduo, resta submetido ao império da lei*” (p. 5).

Ressalte-se que essa questão deve ser avaliada sobre a própria noção e efetivação do Estado Democrático de Direito. Além disso, a questão da imperatividade da lei também em face do próprio Estado foi questão bem retratada no presente estudo quando abordada a passagem da total irresponsabilidade para a responsabilidade Estatal por seus atos.

A dignidade da pessoa humana significa que o sujeito jurídico possui uma série de direitos subjetivos fundamentais que lhe devem ser resguardados, ainda quando da sua não obediência à ordem jurídica e consequente sanção por parte do Estado (LOPES, 2006, p. 250).

Ainda sobre a questão da dignidade da pessoa humana como condição necessária à consolidação do Estado Democrático de Direito aponta Othon de Azevedo Lopes que o *dever* não constitui total sujeição a uma determinada ordem jurídica, mas sim corresponde à própria *autonomia* do indivíduo:

“Então, a concepção de dignidade da pessoa humana, peça central do Estado Democrático de Direito, impõe a valorização da concepção de adesão voluntária a uma ordem jurídica ínsita ao dever. O dever não se reduz à integração automática no todo, muito menos numa completa sujeição ao poder de autoridade. O dever revela-se como adesão autônoma à ordem e à sociedade, numa concepção próxima da modernidade” (LOPES, 2006, p. 262).

Dessa forma, por mais que exista a prerrogativa Estado exercer o *ius puniendi* em prol da manutenção da paz social, isso não afasta a necessidade de que este zele pela integridade daqueles apenados sob sua custódia.

Ademais, os temas da precariedade do sistema carcerário brasileiro, tanto em termos de infraestrutura quanto em termos da própria finalidade de ressocialização do detento, bem como as graves violações aos direitos subjetivos do prisioneiro, não constituem problema novo para o país.

O relator inicia o seu voto com uma breve reconstrução histórica das teorias da responsabilidade civil, amparando-se na evolução pautada dispositivos constitucionais à época vigentes, tal como foi feito no início deste estudo.

Destaque-se que a abordagem é finalizada com a demarcação da Teoria do Risco Administrativo no ordenamento jurídico vigente, afastando-se a Teoria do Risco Integral:

“Mercê das variantes aqui expostas, impõe-se assentar que a teoria que rege a responsabilidade civil do Estado no ordenamento jurídico hodierno é a do risco administrativo e não a do risco integral, o que torna juridicamente possível a oposição de causas excludentes do nexo de causalidade e exoneradoras de responsabilização pelo ente público.” (p. 9).

Passadas tais considerações iniciais, o Relator apresenta algumas ponderações acerca da natureza *responsabilidade civil por omissão*. Esse ponto é de extrema relevância, posto que demarca o posicionamento do STF acerca da *natureza objetiva da modalidade omissiva*, considerada, todavia, sob o aspecto da Teoria do Risco Administrativo. Confira-se:

“Com efeito, não cabe ao intérprete esclarecer distinções onde o texto constitucional não o fez. Ora, o art. 37, § 6º, da Constituição Federal determina que o Estado responderá objetivamente pelos danos que seus agentes causarem a terceiros (*“as pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa*

qualidade, causarem a terceiros, assegurando o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa” - grifei), de modo que basta que esse nexo de causalidade se forme para que a responsabilidade surja, não exigindo a norma constitucional em questão que a conduta estatal seja comissiva ou omissiva.

(...)

Deveras, é fundamental ressaltar que, não obstante o Estado responda de forma objetiva também pelas suas omissões e os danos sofridos pelos particulares só restará caracterizado quando o Poder Público ostentar o dever legal específico de agir para impedir o evento danoso, não se desincumbindo dessa obrigação legal. Entendimento em sentido contrário significaria a adoção da teoria do risco integral, repudiada pela Constituição Federal.” (p. 12 e 13).

Em suma, entende-se que o art. 37, § 6º, da CF não fez distinção entre as condutas omissivas e comissivas. No entanto, as situações de responsabilidade por omissão devem ser consideradas em face do aspecto de especificidade da conduta, dado que o Estado não pode agir como garantidor universal de toda e qualquer reparação.

A questão da especificidade da conduta será brevemente retratada no tópico a seguir.

Percebe-se que, novamente, a Teoria do Risco Integral é afastada no voto do relator. Essa questão, todavia, será retomada no próximo tópico quando da análise específica da tese firmada em sede de repercussão, cuja redação não restou tão clara.

Outra questão relevante refere-se à *maleabilidade* e *elasticidade* dos conceitos de responsabilidade civil, que também pode ser verificada da simples leitura do voto. Confirmam-se os excertos abaixo destacados:

“Isso porque não basta, para que se configure a responsabilidade civil do ente público no mister da execução penal, a pura e simples inobservância do mandamento constitucional de que evite a morte do preso sob a sua custódia, sendo necessário também, que o Poder Público tenha a efetiva possibilidade de agir nesse sentido. Deveras, sendo inviável a atuação estatal para evitar a morte do preso, é

imperioso reconhecer que se rompe o nexo de causalidade entre essa omissão e o dano. Entendimento em sentido contrário implicaria a adoção da teoria do risco integral, não acolhida pelo texto constitucional, como já anotado anteriormente.

(...)

Ocorre que o evento morte pode se manifestar de várias formas: homicídio, suicídio, acidente ou morte natural, havendo julgados na Corte sobre essas várias situações da vida humana.”

No trecho acima, observa-se a necessidade de se apurar a presença do nexo de causalidade entre a omissão estatal e o dano sofrido pelo detento. Enquanto requisito para a configuração da responsabilidade civil do Estado, verificamos a importância do nexo causal para a temática em questão

Ademais, em se tratando da Teoria do Risco Administrativo, o principal aspecto no tocante à alegação de excludentes, conforme se pôde observar, se dá justamente no nexo de causalidade.

O espaço para a argumentação em termos de responsabilidade civil deve ser amplamente incentivado, em virtude da própria necessidade de adequação do caso concreto com os requisitos necessários.

Nesse sentido, o Min. Fux continua o relato, avaliando que há diversas hipóteses a serem consideradas em casos de morte de detento nos estabelecimentos prisionais:

“De fato haverá hipóteses e que o suicídio de um detento será um evento previsível à luz do seu histórico carcerário, o qual poderá revelar sintomas e indícios perceptíveis pela ciência psiquiátrica de um estado mental instável e tendente à prática de um ato autodestrutivo. Por outro lado, haverá igualmente casos em que o suicídio será um ato repentino e isolado, praticado num momento fugaz de angústia exacerbada e absolutamente imprevisível ao mais atento carcereiro, médico ou até mesmo aos mais próximos entes queridos do falecido.

No que se refere às mortes naturais, novamente há que se reconhecer casos em que o prontuário médico do detento indica a necessidade de um determinado tratamento que não lhe é

dispensado no cárcere, em flagrante violação ao art. 14, caput, da Lei de Execução Penal, advindo de tal omissão óbvia que era previsível. Há casos, porém, em que o preso sofre mal súbito ou possui moléstia desconhecida, que se manifesta de forma abrupta e fatal, não sendo exigível que o Estado seja responsabilizado por essa morte que inexoravelmente ocorreria, mesmo se o preso estivesse em liberdade.

Igualmente nas mortes acidentais, decerto haverá situações em que o Poder Público proverá todas as condições de segurança para evitar o evento danoso e, ainda assim, o acidente ocorrerá, seja por fato imputável ao próprio preso, seja por fato absolutamente imprevisível ou até mesmo por força maior, contra os quais a Administração jamais poderia tomar alguma providência capaz de assegurar eficientemente a incolumidade física do detento como v.g., quando um raio atinge o preso em plena atividade física no sistema prisional.

Até mesmo no caso de homicídio, poderá haver situações em que não se poderá responsabilizar o Estado pela morte do detento. À guisa de exemplo, podemos apontar a situação em que um preso mata o outro em legítima defesa.” (p. 27-30).

Percebe-se que próprio Min. Fux, e o próprio Plenário, conforme será melhor avaliado no próximo tópico, possuem certa dificuldade para fechar uma tese de repercussão geral, em virtude da elasticidade dos conceitos e da inerente maleabilidade da responsabilidade civil

Afirma-se as mais variadas hipóteses sob as quais a responsabilidade do Estado pode ou não ser elidida, sem determinar de forma tão rígida as questões referentes à reparação, principalmente, conforme previamente destacado, no tocante à possibilidade de alegação de excludente de causalidade.

O que importa, para fins de análise da tese da repercussão, é a demarcação da Teoria do Risco Administrativo, com o afastamento da Teoria do Risco Integral, mais uma vez. Confira-se:

“Diante de tais considerações, é possível extrair um denominador comum a todas as situações específicas retratadas acima: há casos

em que a morte do detento simplesmente não pode ser evitada pelo Estado. Nesses casos, como já se ressaltou acima, rompe-se o nexo de causalidade entre o resultado morte e a omissão estatal no seu dever de manter a incolumidade física dos presos, o que afasta a responsabilização civil do ente público. Adota-se aqui, portanto, a teoria do risco administrativo, que permite a oposição de causas excludentes do nexo causal – as quais devem ser comprovadas pela Administração –, rejeitando-se, por consequência, a teoria do risco integral, não recepcionada pela ordem constitucional brasileira, que implicaria a imposição de responsabilidade civil ao Estado por toda e qualquer morte de detento” (p. 30)

A questão da não delimitação de uma situação geral, com o devido cuidado de demarcação da Teoria do Risco Administrativo, pode ser vista de forma positiva, abrindo espaço para interpretação e eventual distinção do caso concreto à tese da repercussão geral.

Todavia, pela própria aplicabilidade imediata da sistemática da repercussão geral, consoante o art. 1039 do CPC vigente, pode-se constatar relativa falta de técnica no texto final da tese.

Embora o voto esteja bem fundamentado quanto à adoção do Risco Administrativo, a tese restou falha nesse sentido. Essa questão será melhor avaliada no último tópico.

Por fim, para finalizar a breve análise inicial do precedente, para avançar nas críticas sobre a tese firmada pelo STF, no caso concreto, entendeu-se que o Estado do Rio Grande do Sul não conseguiu comprovar que se tratou de suicídio.

Dessa forma, a excludente de culpa exclusiva da vítima não restou plenamente demonstrada pelo recorrente. Ressalte-se que o ônus da prova cabe ao Estado nesses casos, e que o mesmo não se desincumbiu de afastar a hipótese de homicídio.

Essa inversão do ônus da prova ocorre em virtude da hipossuficiência do particular em face do Poder Público, hipótese que se mostra plenamente adequada com a noção de se priorizar e focar a reparação da vítima nesses casos.

Diante dos fatos, negou-se provimento ao Estado do Rio Grande do Sul para manter o posicionamento do Tribunal *a quo* e condená-lo ao pagamento de indenização aos familiares da vítima, então requerentes.

4.2. Responsabilidade Civil do Estado por omissão: omissão geral, omissão específica e o dever geral de proteção (art. 5º, XLIX, da CF/88)

Acerca da questão da especificidade da conduta omissiva, entende-se que esta diz respeito ao dever legal atribuído ao Estado de agir em determinadas situações. Inicialmente, insta salientar que a responsabilidade civil por omissão sempre se dará, portanto, por atos ilícitos (MENDES e BLANCO, 2014, p. 854).

Dessa forma, o nexo causal em casos de omissão será comprovado pela relação entre ausência conduta que se poderia exigir do Estado e o respectivo dano sofrido pela vítima.

Conforme ressaltado ao longo de todo o estudo, a questão a natureza da responsabilidade civil do Estado por omissão ainda constitui ponto nebuloso e longe de qualquer consenso entre doutrina e jurisprudência.

Hely Lopes Meireles entende ser de natureza objetiva, posto que o art. 37, § 6º, da Constituição Federal não faz qualquer distinção entre as condutas omissivas ou comissivas.

Já Celso Antônio Bandeira de Mello, filia-se à natureza subjetiva da responsabilidade civil do Estado por omissão. Lucas Rocha Furtado compartilha do mesmo entendimento (FURTADO, 2013, p. 840-841).

O Superior Tribunal de Justiça - STJ e o Supremo Tribunal Federal também divergem quanto ao posicionamento acerca da natureza da responsabilidade civil do Estado por omissão (MORAIS, 2011).

Enquanto a primeira Corte entende ser a responsabilidade de natureza subjetiva, a segunda tende a considerar a objetividade da conduta, em casos de *omissão específica*, assegurada a inversão do ônus da prova.

É justamente o que se verifica no caso da repercussão geral ora em análise. A natureza objetiva da responsabilidade civil do Estado por morte de detento é considerada sob a inobservância do dever específico de proteção à integridade física e moral dos presos (art. 5º, XLIX, da CF/88).

Assim, a responsabilidade civil do Estado por omissão não é necessariamente fática, mas sim jurídica, considerando que esta se origina da não observância de um dever legal específico de ação por parte do Estado (MENDES e BLANCO, 2014, p. 856).

Ainda acerca dessa questão a especificidade da omissão deve ser considerado um padrão rendimento estatal. Isso porque, em que pese a constante evolução da responsabilidade civil em prol da reparação da vítima, repise-se que Teoria do Risco Integral não foi adotada pela Constituição de 1988, salvo para casos específicos já brevemente trabalhados nos capítulos anteriores.

Sendo assim, em linhas gerais, a jurisprudência se orienta no sentido de considerar a responsabilidade de *natureza subjetiva*, em se tratando de *omissões genéricas*, enquanto que as *omissões específicas* configuram a responsabilidade de *natureza objetiva* do Estado.

Nesse ponto bem define Tarcísio Vieira de Carvalho Neto:

“Não é só! Ainda que analisadas características individuais de casos concretos submetidos à diuturna apreciação do Judiciário, adota posição doutrinária exige comparar a conduta omissiva com um padrão imaginário de rendimento estatal. É de ser promovida fina comparação entre a específica inação do Poder Público e o grau de eficiência que se espera do aparelho estatal. Assim será possível aferir, com menor margem de erro, se determinado comportamento passivo está além ou aquém do que se espera do Estado, daquela faixa imaginária de eficiência estatal representativa do anseio social.

Quando o comportamento estatal estiver muito abaixo do mínimo esperado, objetiva será a responsabilidade. Quando mais próximo do mínimo, será subjetiva. Dentro das fronteiras do padrão (entre o mínimo e o máximo, ou acima delas) e surgirem danos, o Estado será verdadeiramente irresponsável, porque tendo adotado os procedimentos que estavam ao seu alcance e tomado as cautelas de rigor, atuou com a diligência esperada. Não pode merecer censura e não se será justa qualquer indenização de sua parte.

O raciocínio supra em grande medida coincide com a técnica que relaciona o descumprimento das ordens de caráter geral (omissões genéricas) com a responsabilidade subjetiva, e as de natureza específica (omissões específicas) com a objetiva, como fizeram Cavalieri Filho e Castro.” (CARVALHO NETO, 2014, p.

125-126).

As próprias controvérsias acima descritas quanto à natureza da responsabilidade civil nos casos de omissão do Poder Público em muito decorrem do amplo espectro de discussão acerca do tema.

O mesmo pôde ser observado no trecho do voto do Min. Luiz Fux no qual ele traça diversas possibilidades de casos hipotéticos em que a responsabilidade civil do Estado por morte de detento estaria ou não configurada.

Por fim, o entendimento acerca da objetividade da natureza da responsabilidade civil em casos de omissão específica, com a inversão do ônus da prova, adotado pelo Min. Fux e acolhido pelo Plenário, é posição com a qual devida vênua, filia-se o presente estudo, sem, contudo, desconsiderar o ilustre posicionamento do STJ.

Afinal, a responsabilização por todo e qualquer dano decorrente de omissão genérica da Administração implicaria na adoção do modelo do Risco Integral, não abarcado pela Constituição Brasileira.

É justamente nesse ponto que o próximo e último tópico tratava o debate. Embora tenha existido um cuidado no voto do Min. Fux, para a demarcação da Teoria do Risco Administrativo, entende-se que a mesma cautela não foi devidamente considerada quando da redação da tese final.

Essa falta de delimitação na tese de repercussão geral pode causar confusões, principalmente no tocante a sua eventual aplicação incorreta pelos Tribunais pátrios, sob a ótica do Risco Integral.

4.3. Análise do texto final da tese da repercussão geral: a alternativa do fortuito interno.

Por fim, pretende-se tecer algumas considerações críticas acerca do texto final da tese da repercussão geral firmada pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal. Em que pese o cuidado do Min. Fux de afastar reiteradas vezes a Teoria do Risco Integral no voto, firmando-se a Teoria do Risco Administrativo, tal questão poderia ter sido melhor considerada quando da redação final da tese.

Da mesma forma, salienta-se que consta na ementa a menção à Teoria do Risco Administrativo. Todavia, a leitura superficial da tese que, diga-se de passagem,

poderá ser feita por diversos tribunais, leva ao entendimento de que o Estado responde pelo resultado *morte*, sem maiores possibilidades de se elidir referida responsabilidade.

Não é difícil de se prever que a referida tese, da forma que restou escrita, pode ser utilizada como jurisprudência defensiva pelo judiciário. Conforme restou destacado por diversas vezes no estudo, a temática da responsabilidade civil possui grande espectro argumentativo, o que pode restar prejudicado pela aplicação equivocada da tese.

Vejamos, se o Estado responde pelo resultado, não há dúvidas de que a tese ampara-se na Teoria do Risco. Assim, não há que se falar em averiguação de eventual *culpa*, a não ser em caso de ação de regresso contra o agente, posto que a responsabilidade é objetiva.

Ocorre que, restando caracterizada a responsabilidade pelo *risco*, há de se destacar, conforme feito por diversas vezes no voto condutor da tese, que se trata da Teoria do Risco Administrativo, e não da Teoria do Risco Integral.

Todavia, pela própria redação da tese final, verifica-se que é necessária a leitura sistemática desta. A tese fala que o Estado responde em caso de inobservância do seu dever específico de proteção previsto no art. 5º, XLIX, da CF/88.

Assim, há que se destacar que há plena possibilidade de o Estado defender-se pela alegação das excludentes de causalidade. No entanto, leitura equivocada da tese pode levar à conclusão de que o Estado responde integral e universalmente por toda e qualquer morte de detento sob sua custódia.

É sabido que a precariedade dos presídios é recorrente e problema ainda não resolvido no país. Questões como a necessária reforma do sistema penitenciário, a ressocialização adequada do detento e a superlotação das casas de detenção estão longe de serem resolvidas. Não é objeto do presente estudo, todavia, adentrar na análise específica dessas situações, embora se incentive a busca de soluções para as mesmas.

Todavia, não parece razoável responsabilizar o Estado por toda e qualquer morte de detento sob sua custódia. Referida hipótese é insustentável e rapidamente levaria ao total colapso da máquina estatal, que já passa por graves dificuldades financeiras.

Ressalte-se que a tese original proposta pelo Min. Fux era mais cuidadosa sob esse aspecto. O Plenário, no entanto, optou por retirar a parte em que se admitia a exclusão do nexo de causalidade, abaixo grifada:

“Em caso de não observância do seu dever específico de proteção, previsto no art. 5º, inciso XLIX, o Estado é responsável pela morte de detento, **admitindo-se a comprovação, pelo Poder Público, de causa excludente de nexo de causalidade entre sua omissão e o dano sofrido pela vítima, exonerando-a do dever de reparação.**”
– grifou-se (p. 1).

Percebe-se, ainda, que a questão da Teoria do Risco Integral é latente, de maneira que os próprios Ministros do Supremo consideram possibilidade de sua aplicação, conforme se depreende dos trechos abaixo colacionados.

“A SENHORA MINISTRA ROSA WEBER - Porque o Ministro Fux resumiu e eu temo algum aspecto ter me passado.

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO - Mas a tese eu tenho aqui.

A SENHORA MINISTRA ROSA WEBER - Não, a tese sim. Mas é porque são vários os aspectos. Seria assassinato ou suicídio...

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX (RELATOR) - Eu entendo que, mesmo com o resumo, lá, na origem, não se chegou a uma conclusão se foi suicídio ou homicídio. Então, baseado no dever de custódia, eu estou afirmando que a morte de detento - como regra geral - gera responsabilidade civil do Estado. Essa é a primeira regra. Para não adotar a teoria do risco integral, eu estou admitindo que o Estado possa demonstrar que, da sua omissão, não decorreu o dano. Mesmo no caso do Ministro Barroso - se ele tenta a fuga e cai da escada, desgracia pouca é bobagem - também há responsabilidade civil, porque, veja o seguinte, o Estado deveria impedir a fuga dele.

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO - Aí não há Estado que resista.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Estou a lembrar a frase do Ministro da Justiça José Eduardo Cardozo: não temos

penitenciárias; não temos estabelecimentos voltados à reeducação do custodiado, o que temos são masmorras medievais. Ele próprio preferia a morte a ser recolhido numa delas.

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX (RELATOR) – Senhor Presidente, o Ministro Luís Roberto Barroso, quando ele votou em relação à tese, indicou que, quanto à parte afirmativa da tese, ela estava correta, e essa exceção seria quase que um consectário da não adoção da teoria do risco integral. engendrando um artefato para matar o adversário, aí explode na mão dele. O Estado é responsável?

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Sob o ângulo da vigilância, sim. Há inspeções rotineiras.

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI

(PRESIDENTE) - Como é que esse artefato ingressou na penitenciária?

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO - É, mas aí nós vamos ter que responsabilizar o poder público por todos os homicídios, porque não fiscaliza o contrabando de armas.

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX (RELATOR) - Não, a tese tem que se submeter, necessariamente, a essa ampla colegialidade.

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI

(PRESIDENTE) - O que eu acho interessante é que o Ministro Marco Aurélio, salvo melhor juízo, até de forma consentânea com aquilo que afirmou na cautelar sob sua relatoria, o sistema prisional brasileiro está num estado inconstitucional de coisas. Enquanto isto assim permanecer, me parece que a responsabilidade é integral.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – E pelo nexo de causalidade que sempre existirá.

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI

(PRESIDENTE) - Sempre existirá.

A SENHORA MINISTRA ROSA WEBER - Senhor Presidente, se me permite, eu peço escusas, mas por que eu interrompi o Ministro Teori? E de novo me desculpe, Ministro Teori. É porque eu pedi vista no processo da relatoria do Ministro Teori, que eu acabei de liberar, em que Sua Excelência propunha uma tese para efeito de repercussão geral. No caso, era uma indenização por dano

moral. Na oportunidade, o Ministro Luís Roberto propôs uma tese alternativa que envolvia detração. E eu terminei pedindo vista. E relendo aqui a tese proposta pelo Ministro Teori, naquele processo, que é o Recurso Extraordinário 580.252 – foi referido da tribuna, e está com julgamento suspenso em função do meu pedido de vista -, eu vejo que o Ministro Teori propunha a seguinte tese de repercussão geral:

"...considerando que é dever do Estado, imposto pelo sistema normativo, manter em seus presídios os padrões mínimos de humanidade previstos no ordenamento jurídico, é de sua responsabilidade, nos termos do art. 37, § 6º da Constituição, a obrigação de ressarcir os danos, inclusive morais, comprovadamente causados aos detentos em decorrência da falta ou insuficiência das condições legais de encarceramento."

Então, basicamente, o Ministro Luís Roberto também afirmava essa responsabilidade objetiva do Estado - artigo 37, § 6º, da Constituição -, mas apresentou a tese alternativa da hipótese da detração. E só se não houvesse mais possibilidade de detração, pelo cumprimento integral da pena, Sua Excelência então propunha o ressarcimento mediante indenização. Porque é nessa linha, Senhor Presidente, que eu acho que nós temos que ter cuidado agora na fixação dessa tese. Por isso que eu também tenderia, me adiantando, nessa linha do Ministro Teori, que fôssemos o máximo possível minimalistas.

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI

(PRESIDENTE) - Agora, quando se trata de morte de preso, não há como fazer a detração.

A SENHORA MINISTRA ROSA WEBER - Não, não é detração, não é isso.

O SENHOR MINISTRO TEORI ZAVASCKI - Eu fiquei com uma dúvida de interpretação da tese do Ministro Fux. Mas eu quero dizer que essa dúvida, no meu entender, pode ser esclarecida se inverter a própria redação. O Ministro Fux diz assim:

A morte de detento gera responsabilidade civil do Estado por inobservância de seu dever específico de proteção previsto no artigo 5º, inciso XLIX, da Constituição Federal, admitindo-se etc.

Se nós dissermos, assim: Em caso de inobservância de seu dever específico de proteção, previsto no artigo 5º, inciso XLIX, da Constituição Federal, a morte de detento gera responsabilidade civil do Estado, ou seja, só inverte, fica claro.

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA - E a parte final, então, "admitindo-se..." ficaria excluída.

O SENHOR MINISTRO TEORI ZAVASCKI – Continua.

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA - Continuará.

O SENHOR MINISTRO TEORI ZAVASCKI - Só inverte a frase.

Nós estamos dizendo que o Estado é responsável nos casos de inobservância do seu dever específico de proteção. É isso que nós estamos dizendo.

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO - Para mim, está bem.

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA - Porque enfatiza-se qual é o fundamento.

O SENHOR MINISTRO TEORI ZAVASCKI - Exatamente nos casos de inobservância do seu dever específico de proteção, previsto no artigo 5º, o Estado é responsável pela morte do detento.

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX (RELATOR) - Está bom. Há vários argumentos no voto.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Ficamos com uma tese bem simples.” (p. 60-64)

Dessa forma, em que pese a demarcação pela Teoria do Risco Administrativo, percebe-se que a discussão acerca da Teoria do Risco Integral encontra-se presente. Embora tenham os Ministros optado por uma tese mais simples, não houve plena consideração acerca da possibilidade de excludentes de causalidade, conforme inicialmente constava na tese do Min. Fux.

Sob esse aspecto, há que se considerar, apenas a título de debate, a possibilidade de aplicação da teoria do *fortuito interno* no presente caso.

Ora, o Estado não responde por toda e qualquer morte de detento, mas sim apenas naqueles casos em que há inobservância do seu dever constitucional de

proteção aos detentos, entende-se que o *fortuito interno* é hipótese plenamente aplicável.

Em linhas gerais, pode-se se dizer que o *fortuito interno* consiste na hipótese de se atrair uma conduta que, teoricamente, estaria *fora do âmbito do nexo de causalidade* atribuível à conduta do Estado, para dentro da esfera do nexo de causalidade, e caracterizando, portanto, a necessidade de reparação (FARIAS, NETTO e ROSENVALD, 2015, p. 474).

A esse respeito, confira-se o que ensina Sérgio Cavalieri Filho:

“Quanto ao fortuito interno, este não exclui a responsabilidade do Estado porquanto, embora imprevisível faz parte da sua atividade, liga-se aos riscos da atuação estatal. Só o fortuito externo exclui a responsabilidade estatal por se tratar de fato irresistível, estranho à atividade administrativa.” (CAVALIERI FILHO, 2014, p. 294)

Essa interiorização geralmente avaliada em casos de responsabilidade civil de transportadores (FARIAS, NETTO e ROSENVALD, 2015, p. 474) se dá pela natureza da atividade normalmente exercida.

Não se trata aqui de atividade econômica propriamente dita, mas sim da própria atividade administrativa e punitiva do Estado. Nesse sentido:

“Portanto, o Estado, no exercício do poder que a lei lhe confere de fazer juízo de valor sobre o comportamento das pessoas e lhes impor pena privativa de liberdade como punição, segregação, prevenção e objetivo de ressocialização, tem o dever de guarda e incolumidade sobre os seus condenados e encarcerados.

O confinamento de pessoa condenada pelo Estado-juiz por parte do Poder Executivo pressupõe, como já enatizado, a entrega dessa pessoa à guarda e À vigilância da administração carcerária.” (STOCO, 2014, p. 1575)

Dessa forma, pela análise acima descrita, o *fortuito interno* poderia ser visto como uma saída argumentativa para o presente caso da repercussão geral.

O presente trabalho tem por objetivo criticar e viabilizar alternativas e questões que não necessariamente foram abordadas de forma técnica pelo Plenário quando do julgamento do recurso paradigma em questão.

Frise-se que a possibilidade de aplicação do *fortuito interno* sequer foi considerada em nenhum momento no voto dos ilustres Ministros, mas é plenamente aplicável ao caso em questão, para afastar eventual excludente de causalidade, sem, contudo, implicar na adoção do Risco Integral.

Tanto do ponto de construção constitucional legislativa, quanto sob o aspecto jurisprudencial, e, ainda, em vários momentos do voto condutor da tese, o Risco Integral restou amplamente afastado.

Isso porque o Estado não pode atuar como garantidor universal de todo e qualquer eventual danos sofridos, mesmo por aqueles que estão sob sua custódia. Todavia, isso também não elide a sua responsabilidade nos casos em que o dever constitucional de proteção não for respeito.

Por fim, em que pese o teor das críticas acima, o voto do Min. Fux é bastante esclarecedor no tocante à adoção da Teoria do Risco Administrativo nos casos de morte de detento nos estabelecimentos prisionais.

E mais, a tese está plenamente coerente com a evolução da responsabilidade civil, no sentido de priorizar a reparação da vítima sob o fundamento do *risco*, e não mais da *culpa*, conforme se relatou ao longo do presente estudo.

5. Conclusão

Após todo o estudo acima elaborado, é de se concluir que a responsabilidade civil do Estado por morte de detento nos estabelecimentos prisionais acompanhou toda a evolução da temática da responsabilidade civil, em geral.

A construção dos textos constitucionais, passando-se da noção das teorias civilistas, à Teoria da *Faute du Service* até a consolidação das Teorias do Risco, mais precisamente, do Risco Administrativo restou plenamente demonstrada.

Todavia, insta salientar que a referida transição, da *culpa* para o *risco* não se deu de forma repentina. Como se pôde observar, embora o amparo legislativo para a Teoria do Risco Administrativo já estivesse presente desde a Constituição de 1946, os

julgados da época eram bem marcados por diversas impropriedades técnicas e teóricas.

Pretendeu-se, com o presente estudo, demonstrar como se deu essa transição em termos jurisprudenciais, e se tal evolução acompanhou a estrutura dos textos constitucionais da época.

Em linhas gerais, embora presentes as referidas impropriedades, a demarcação pela Teoria do Risco Administrativo se deu de forma clara. É comum que tais modificações de jurisprudência não tenham, necessariamente, um marco temporal específico, assim como as mudanças legislativas.

A consolidação da Teoria do Risco Administrativo em casos de responsabilidade civil do Estado por morte de detento restou bastante clara no voto do Min. Luiz Fux, relator do RE-RG nº 841.526.

Em várias oportunidades a Teoria do Risco Integral foi prontamente afastada, sendo contemplada a Teoria do Risco Administrativo que, ao contrário da primeira, admite a possibilidade de excludentes de causalidade.

No entanto, conforme demonstrado, em que pese a reiterada afirmação pela adoção do Risco Administrativo, a questão do Risco Integral não restou completamente superada. Ao revés, insta salientar que a discussão dos próprios Ministros considerou a possibilidade de aplicação desta aos casos de morte de detento em presídios.

Ademais, destacou-se que a redação final da repercussão firmada pelo Plenário desconsiderou parte do texto inicial proposto pelo Min. Fux, o que, sem dúvidas, acaba por revelar uma atitude menos cuidadosa da Corte quando da elaboração da tese.

Nesse sentido, conclui-se que, embora firmada a adoção da Teoria do Risco Administrativo, na prática, seja pela precária infraestrutura prisional brasileira, ou ainda, pela aplicação equivocada da tese firmada em sede de repercussão geral, o Estado pode ter grandes dificuldades para alegar as excludentes de causalidade, o que basicamente importaria na sua responsabilização por Risco Integral, nesses casos.

Pela própria elasticidade dos conceitos aplicáveis à responsabilidade civil, e suas respectivas excludentes, também analisadas ao longo dos capítulos, é de se destacar que a discussão acerca da temática da responsabilidade civil do Estado deve manter-se em movimento.

Embora haja a tese da repercussão geral, com aplicabilidade imediata à jurisprudência dos demais Tribunais pátrios, há questões que doutrina e jurisprudência (ou até mesmo alterações legislativas) que podem e devem ser consideradas e reavaliadas.

A hipótese de aplicação do *fortuito interno* aos casos de morte de detento em estabelecimentos prisionais, trazida à breve discussão no capítulo anterior, é um exemplo de como essa questão merece atenção e estudos próprios.

A tese da repercussão geral foi firmada em março de 2016, de maneira que desdobramentos mais significativos do julgamento do recurso paradigma ainda estão em andamento.

Sendo assim, por fim, há de se encorajar um estudo posterior acerca de como os demais tribunais pátrios estarão aplicando as questões discutidas pela Corte Constitucional, bem como se, efetivamente, será concedido ao Estado a possibilidade de se alegar as excludentes de causalidade, com a efetiva aplicação da Teoria do Risco Administrativo.

Bibliografia

- AGUIAR, R. S. **Responsabilidade Civil: A culpa, o risco e o medo**. São Paulo: Atlas, 2011.
- ANDRADE, L. Q. D. Responsabilidade extracontratual do Estado: a convivência das teorias objetiva e subjetiva no pensamento de Oswaldo Aranha e Celso Antônio Bandeira de Mello. **R. bras. de Est. da Função públ. – RBEFP**, Belo Horizonte, p. p. 207-234, set/dez 2014. ISSN 9.
- CAHALI, Y. S. **Responsabilidade Civil do Estado**. 4ª. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.
- CAMPOS, G. D. B. Evolução histórica da responsabilidade civil do Estado. **Fórum Administrativo - FA**, Belo Horizonte, p. 43-57, Agosto 2011. ISSN 126.
- CARVALHO FILHO, J. D. S. **Manual de Direito Administrativo**. 30ª. ed. São Paulo: Atlas, 2016.
- CARVALHO NETO, T. V. D. **Responsabilidade civil extracontratual do Estado por omissão**. 1ª. ed. Brasília: Gazeta Jurídica, 2014.
- CARVALHO SILVA, R. A. E. D. A responsabilidade Civil do Estado nos regimes constitucionais brasileiros. **Migalhas**, 2008. Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI64079,11049-A+responsabilidade+Civil+do+Estado+nos+regimes+constitucionais>>. Acesso em: 28 agosto 2016.
- CASTRO, H. A. D. M. Responsabilidade Civil do Estado: alguns aspectos. In: JUNIOR, N. N.; NERY, R. M. D. A. **DOCTRINAS ESSENCIAIS: RESPONSABILIDADE CIVIL**. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. VI - RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO, 2010. Cap. 2, p. 43-62.
- CAVALIERI FILHO, S. **Programa de Responsabilidade Civil**. 11ª. ed. São Paulo: Atlas, 2014.
- CRUZ, G. S. D. **O problema do nexo causal na responsabilidade civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.
- DE MELLO BANDEIRA, C. A. **Curso de Direito Administrativo**. 29ª. ed. São Paulo: Malheiros, 2013.
- DI PIETRO, M. S. Z. **Direito Administrativo**. 29ª. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

- DUEZ, P.; DEBEYRE, G. **Traité de droit administratif**. Paris: Daloz, 1952.
- FACCHINI NETO, E. Code civil francês: Gênese e difusão de um modelo. **Revista de Informação Legislativa**, p. 59-88, abril/junho 2013. ISSN 198.
- FARIAS, C. C. D.; NETTO, F. P. B.; ROSENVALD, N. **Novo Tratado de Responsabilidade Civil**. São Paulo: Atlas, 2015.
- FUCK, L. F. Repercussão Geral completa seis anos e produz resultados. **www.conjur.com.br**, 8 junho 2013. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2013-jun-08/observatorio-constitucional-repercussao-geral-completa-seis-anos-produz-resultados#_ftn1_6440>. Acesso em: 13 julho 2016.
- FURTADO, L. R. **Curso de Direito Administrativo**. 4ª. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2013.
- JOSSERAND, L. Evolução da Responsabilidade Civil. **Revista Forense**, Rio de Janeiro, v. LXXXVI, p. 52-63, Junho 1941.
- LAUBADÈRE, A. D. **Traité de Droit Administratif**. 6ª. ed. Paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1973.
- LAUBADÈRE, A. D.; VENEZIA, J.-C.; GAUDENAT, Y. **Droit Administratif**. 17ª. ed. Paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 2002.
- LIMA, A. **Culpa e Risco**. 2ª. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais - RT Clássicos, 1998.
- LOPES, O. D. A. **Responsabilidade jurídica**: horizontes, teoria e linguagem. São Paulo: Quartier Latin, 2006.
- MAFRA FILHO, F. D. S. A. Responsabilidade civil da Administração Pública: a reparação do dano. **Fórum Administrativo**, Belo Horizonte, fevereiro 2005. ISSN 48.
- MEIRELLES, H. L. **DIREITO ADMINISTRATIVO BRASILEIRO**. 42ª. ed. São Paulo: Malheiros, 2016.
- MENDES, G. F.; BLANCO, P. G. G. **Curso de Direito Constitucional**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.
- MENEZES, L. D. S. Dano extrapatrimonial: justa indenização x enriquecimento ilícito. **Fórum Administrativo**, Belo Horizonte, p. 30-35, outubro 2010. ISSN 116.
- MORAES FILHO, J. C. G. D. Responsabilidade civil do Estado: histórico das Constituições brasileiras. **Âmbito Jurídico**, 2008. Disponível em: <<http://www.ambito->

juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=2880>. Acesso em: 20 setembro 2016.

MORAIS, L. Calamidade Pública e omissão estatal. Limites da Responsabilidade Civil do Estado. **Âmbito Jurídico**, abril 2011. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=9330>. Acesso em: 15 junho 2016.

PAMPLONA FILHO, R.; JÚNIOR, L. C. V. B. A. A torre de babel das novas adjetivações do dano. **Revista Fórum de Direito Civil - RFDC**, Belo Horizonte, p. 29-50, jan./abr. 2014. ISSN 5.

STOCO, R. **Tratado de Responsabilidade Civil**. 10^a. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

VALGAS, R. Nexo causal e excludentes da responsabilidade extracontratual do Estado. **Interesse Público**, Belo Horizonte, fevereiro 2010. ISSN 59.

VIANA, M. S. Responsabilidade civil e a teoria do risco. **Revista Fórum de Direito Civil - RFDC**, Belo Horizonte, p. 135-158, setembro/dezembro 2013. ISSN 4.